Beitrag zur Lehre vom
Senatusconsultum Pegasianum.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doctorwürde

mit Genehmigung

der juristischen Facultät zu Marburg

veröffentlicht

von

Otto Brandt.

Kassel,

Druck von C. Richartz

1878.

Vorbemerkung.

Die vorliegende Abhandlung bildet nur den inzidenten Theil einer größeren, in wesentlichen Stücken sie ergänzenden Arbeit, welche unter dem Titel: **„Kritik des fr. 31 (30) § 4 D. ad Sc. Trebellian. 36, 1. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pegasianisch-Trebellianischen Quart"** im Verlag von Theodor Kay, Hof- Buch- und Kunsthändler dahier in Kürze erscheinen wird.

Kassel, im Dezember 1878.

D. Verf.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554412_0156

§ 1.

Der wesentliche Inhalt des Sc. Pegasianum. Ausnahme vom regelmäßigen Recht im Falle der Anordnung, der Erbe solle die Erbschaft deducta summa, retenta oder praecepta re vel summa restituiren.

Nachdem sich das Institut der Fideicommisse im römischen Rechtsleben festgesetzt und insbesondere die Universalfideicommisse in dem Sc. Trebellianum ihre endgültige Anerkennung gefunden hatten, machte sich auch bei ihnen, und ihrer umfassenderen Bedeutung wegen gewiß in besonderem Grade bei den Universalfideicommissen, derselbe Uebelstand geltend, den man bei den Legaten schon seit alten Zeiten und zuletzt durch die lex Falcidia zu bekämpfen gesucht hatte: die Gefahr nämlich, daß bei schrankenloser Freiheit in Belastung der Erbschaften mit Fideicommissen es allzu oft zu einer Destituirung letzter Willen kommen mußte. [1])

Zur Abwendung dieser Gefahr bediente sich das Sc. Pegasianum eines naheliegenden Mittels, indem es die bereits bewährte lex Falcidia von den Legaten auf die Fideicommisse übertrug und bestimmte:

„Ut ei, qui rogatus esset, hereditatem restituere, proinde liceret, quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi ius conceditur.“ [2])

---

[1]) Gaius, comment. II. § 254.

[2]) Gai. l. c. Unmittelbar anschließend folgt die Bemerkung: „Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est.“ Ob dies im Pegasianum selbst bestimmt worden — in dieser Form gewiß nicht — oder erst Ergebniß der interpretatio sei, ist nicht bestimmt erkennbar, Letzteres aber wohl das Wahrscheinlichere: weil eben die zu beseitigende Gefahr ganz vornehmlich bei den Universalfideicommissen auftreten mußte und ferner, weil das Pegasianum in erster Linie zur heilsamen Einschränkung des Trebellianum aufgerichtet wurde (Gai. l. c. § 254 § 5 J. de fideic. her. 2,23), dieses aber nur auf die Universalfideicommisse sich bezog.

In diesem Satz referirt Gaius, wenn nicht den Wortlaut, so wenigstens, von den auf den Antrittszwang bezüglichen Bestimmungen abgesehen, den wesentlichen Inhalt des Sc. Pegasianum: welcher Inhalt daher, — was von durchgreifender Bedeutung ist —, abgesehen von jenem novum des Antrittszwanges, lediglich und allein in der Uebertragung der lex Falcidia auf die Fideicommisse, namentlich die Universalfideicommisse besteht. Nirgends ist ersichtlich, daß das Pegasianum außer dieser Uebertragung noch selbstständige Bestimmungen über den Quartabzug bei Fideicommissen getroffen habe. Vielmehr läßt sich Alles, was Gaius im Weiteren von den Worten „per quod senatus consultum" im § 254 bis zum § 257 und im § 259, ferner Alles, was die Quellen sonst über das Recht des Pegasianischen Quartabzugs berichten[3]), und überhaupt die ganze Lehre von diesem Abzug und seinen Wirkungen aus jener Uebertragung der lex Falcidia auf die Fideicommisse lediglich und allein herleiten: wie sich dies zunächst schon durch folgende Erwägungen bestätigen möge.

Eine Gleichstellung der Fideicommisse mit den Legaten hinsichtlich des Quartabzugs konnte natürlich nur die Bedeutung haben, daß jene beiden, unter sich so wesentlich verschieden gestalteten Erscheinungsformen der Fideicommisse, das Singular- und das Universalfideicommiß, je der ihnen entsprechenden Erscheinungsform der Legate, d. i. dem Singularlegat einerseits, dem Universallegat andererseits gleichstehen sollten. Der Singularfiduziar sollte also hinsichtlich des Quartabzugs gleichgestellt sein dem mit einem Singularlegat, der Universalfiduziar dem mit einem Universallegat, d. i. einem legatum partitionis belasteten Erben.

Wurden aber so die Grundsätze über den Quartabzug beim Partitionslegat e Falcidia auf den Quartabzug beim Universalfideicommiß[4]) e Pegasiano unmittelbar und in vollem Umfang („proinde") übertragen, so folgt hieraus zunächst, daß, sobald beim Universalfideicommiß das Pegasianum in Wirksamkeit trat, nun sofort die rechtliche Stellung des Fiduziars zum Fideicommissar vollkommen gleich werden mußte der eines Erben zum Partiarlegatar. Der Universalfiduziar sollte eben die Quart „proinde", d. h. vor Allem, in derselben Weise, oder, mit dersel-

---

[3]) S. bes. Paul. rec. sent. IV., 3 Ulp. fragm. XXV., 14, 15 §§ 5 flg. J. de fid. her. 2,23.

[4]) Das Singularfideicommiß, für welches das Pegasianum Consequenzen von besonderem Interesse nicht nach sich zog, bleibt im Folgenden außer Betracht.

den Wirkung abziehen, als es der Erbe gegenüber einem Partiarlegatar e lege Falcidia thun würde.

Dies zeigt sich zunächst in dem Fall, wo der Universalfiduziar, der über den dodrans hinaus belastet wurde, die Quart wirklich einbehielt.[5]) Hier bleibt er nach erfolgter Restitution e Pegasiano auch quoad effectum noch vollkommen Erbe, „ipse universa onera hereditaria sustinet", geradeso, wie der Erbe, der ein legatum partitionis praestirte. Aber er muß nun die Erbschaftsklagen zu dem restituirten Dreiviertheil auf den Fideicommissar übertragen und zwar mittelst der vom Partitionslegat herübergenommenen stipulationes partis et pro parte. Daher gestaltet sich hier Alles so, wie wenn nicht ein Universalfideicommiß, sondern ein Partitionslegat gegeben, wie wenn nicht restituirt, sondern praestirt worden wäre.

Aber das Pegasianum tritt nicht erst dann in Wirksamkeit, wenn der Fiduziar die Quart wirklich einbehält: vielmehr liegt in dem „proinde" des Gaius deutlich ausgesprochen, daß das Pegasianum nicht allein ganz in der gleichen Weise und mit gleicher Wirkung, sondern auch ganz unter denselben Voraussetzungen bei den Fideicommissen Platz greifen sollten, wie die Falcidia bei den Legaten. Voraussetzung für das Eingreifen der Falcidia aber ist nicht erst die wirkliche Einbehaltung der Quart, sondern bereits die Thatsache der Ueberschwerung für sich. Denn sobald die Legate den dodrans der Erbschaft übersteigen, sind sie zu dem überschießenden Theil ipso iure ungültig.[6])

Hieraus ergibt sich nun — und wenn ausdrückliche Quellenzeugnisse dafür, soviel ersichtlich, fehlen, so mag dies theils an der practischen Unwichtigkeit dieses Punctes, insbesondere für die Singularlegate, theils daran liegen, daß Fälle von Partitionslegaten, namentlich seit Aufkommen der Universalfideicommisse, selten genug überhaupt practisch werden mochten — der logisch wenigstens sichere Schluß, daß der mit Legaten über den dodrans hinaus belastete Erbe, auch wenn er die Legate vollständig herausgeben wollte, dieselben doch nur bis zum dodrans ex legato, zum übersteigenden Theil aber geradeso, wie jeden anderen Erbschaftsgegenstand,

---

[5]) S. hierüber Gai. l. c. §§ 254, 257.

[6]) Vgl. fr. 1 pr. D. ad leg. Falc. 35,2. fr. 73 § 5 eod.: „Ergo optimum quidem est, statim ab initio ita testatorem distribuere legata, ne ultra dodrantem relinquantur. Quod si excesserit quis dodrantem: pro rata portione per legem ipso iure minuuntur."

nur durch ein gemeines Veräußerungsgeschäft erstatten konnte. War daher der Erbe z. B. mit einem legatum partitionis zum dextans beschwert, so konnte er immer nur bezüglich des dodrans mit dem Legatar die legatrechtlichen stipulationes partis et pro parte abschließen. Wollte er auch noch die weitere Unze herausgeben, so war dies nur möglich durch gemeine Veräußerung, d. i. hier also durch Erbschaftsveräußerung, unter Abschluß der stipulationes quasi emtae venditae hereditatis.

Dies Alles übertrug das Pegasianum in der Falcidia auf die Fideicommisse. Auch bei ihnen war also der den dodrans der Erbschaft übersteigende Theil durch die Thatsache der Ueberschwerung selbst ungültig. Daher konnte auch der Universalfiduziar, der z. B. gebeten war, den dextans zu restituiren, die überschießende ungültige Unze ebenso, wie der Erbe dem Partiarlegatar, nur im Wege der gemeinen Erbschaftsveräußerung, unter Abschluß der stipulationes quasi emtae venditae hereditatis, dem Fideicommissar herausgeben.

Allein es mußten hier offenbar nicht nur bezüglich dieser einen Unze, sondern bezüglich der zu restituirenden Erbschaft überhaupt, da einmal die Voraussetzung ihres Eingreifens vorlag, auch alle Consequenzen der übertragenen Falcidia eintreten: sobald das Pegasianum überhaupt einmal eingriff, mußte eben der Universalfiduziar „proinde" restituiren, als ob er einem Partiarlegatar zu praestiren hätte. Und deßhalb, aber gewiß nur deßhalb, wird es denn auch in dieser Hinsicht für gleichgültig erklärt [7]), ob der überschwerte Fiduziar die Quart einbehalte oder mit herausgebe: in beiden Fällen haften auch nach erfolgter Restitution die Erbschaftsklagen noch ganz an seiner Person. Daher bedarf es auch in dem Fall, daß der Fiduziar die Quart mit herausgibt, nicht allein, wie selbstverständlich, zu dem den dodrans übersteigenden ungültigen Fideicommißtheil, sondern auch zu dem gültigen dodrans, um die Erbschaftsklagen zu übertragen, des zu der Restitution hinzutretenden Abschlusses besonderer Stipulationen.

Nach streng logischer, für das Partitionslegat oben durchgeführter Consequenz würden dies nun für die beiden unterschiedenen Theile des Fideicommisses zwei verschiedene Stipulationsarten sein, für den ungültigen Theil die gemeinen stipulationes quasi emtae venditae hereditatis, für

[7]) Gai. l. c. §§ 256, 257.

den gültigen dodrans die vom Partitionslegat herübergenommenen stipulationes partis et pro parte. Allein in der Praxis gestaltete sich dies anders. Wenn nämlich freilich die letzteren, legatrechtlichen Stipulationen nicht für den ungültigen Fideicommißtheil, so konnten doch die ersteren, gemeinen Stipulationen jedenfalls auch für den gültigen dodrans abgeschlossen werden. Da nun beide Stipulationsarten natürlicherweise nur ganz dieselbe obligatio stricti iuris erzeugten, so mußte sich aus leicht ersichtlichen Gründen die Praxis bilden, daß allgemein der Erbe, welcher ein den dodrans übersteigendes Universalvermächtniß ganz herausgab, also insbesondere der die Quart mitrestituirende Universalfiduziar, nun überhaupt nicht beide, sondern nur die auf den gültigen sowohl, als den ungültigen Vermächtnißtheil anwendbare Art von Stipulationen abschloß, d. i. die gemeinen stipulationes quasi emtae venditae hereditatis: woraus sich denn der Schlußsatz von Gaius II. § 257 erklärt:

„Si vero totam [8]) hereditatem restituerit, ad exemplum emtae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt."

Dies ist das regelmäßige Recht des Pegasianischen Quartabzugs.

Wenn nun aber, wie bereits hervorgehoben, das Pegasianum bei den Fideicommissen ganz unter den gleichen Voraussetzungen („proinde") Platz

---

[8]) Das „totam" steht nur a potiori für das allgemeinere „quarta non retenta". — Man darf nicht so unterscheiden: Bei Restitution der ganzen hereditas wurden die stipulationes quasi emtae venditae hereditatis abgeschlossen, bei Restitution eines Theiles (des dodrans [richtig] oder auch eines größeren Theiles [unrichtig]) der überschwerten hereditas die stipulationes partis et pro parte. Allerdings hat dies auf den ersten Blick Viel für sich. Indessen wurden doch einerseits die stip. qu. e. v. h. von jeher auch für die Fälle verwendet, wo nur ein Theil der hereditas des Fiduziars restituirt wurde: da sie ja (Gai. II. § 252) bis zum Trebellianum bei jedem Universalfideicommiß nothwendig waren, also auch da, wo der Fiduziar nur einen Theil seiner hereditas restituiren sollte. Andererseits aber weist Alles darauf hin, daß die stip. p. et pr. p. ihrer, nicht überlieferten, Fassung nach nur für den Fall eines gegebenen Partitionslegates verwendbar waren, daher auch nur, soweit ein gültiges Partitionslegat vorlag, also im Fall der Ueberschwerung des dodrans — bei dem legatum partitionis selbst oder auch dem durch das Pegasianum in ein solches umgewandelten Universalfideicommiß — nur zum gültigen dodrans. Wäre es anders und die obige Unterscheidung begründet, so würde es wohl schwerlich zu erklären sein, warum die stip. p. et. pr. p. erst seit dem und durch das Pegasianum auf die Universalfideicommisse anwendbar wurden, warum nicht schon vor Erlaß des Trebellianum nur bei Restitution der ganzen hereditas die stip. qu. e. v. h., da aber, wo der Fiduziar nur einen Theil seiner hereditas restituirte, die stip. p. et. pr. p. abgeschlossen wurden (Gai. II. § 252 Vgl. Ulp. fragm. XXV., 15).

greifen sollte, wie die Falcidia bei den Legaten, so folgt hieraus weiter, daß auch die Ausnahmefälle, in welchen trotz des Vorhandenseins ihrer regelmäßigen Voraussetzung, der Ueberschwerung des dodrans, die Falcidia nicht eingreift, mit ihr durch das Pegasianum auf die Fideicommisse übertragen wurden: daß also in diesen Fällen, wenn ein Fideicommiß vorlag, auch das Pegasianum ausnahmsweise nicht in Wirksamkeit trat. [9]) Auch in dieser Beziehung sollten von nun an Legate und Fideicommisse einander gleichstehen.

Dies findet sich unter anderen namentlich bei einem Ausnahmefall ausdrücklich anerkannt, über welchen Marcellus aus den Digesten Julians im fr. 75 D. ad leg. Falc. 35,2 [10]) Folgendes mittheilt:

> „Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet: deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet.“

Hierin liegt eine Ausnahme von der Regel. Denn die Regel ist die im unmittelbar voraufgehenden fr. 74 [11]) ausgesprochene, daß, was der Erbe iure legati erhält, die Anwendung der Falcidia nicht ausschließt. Hier wird nun — wenn auch nicht ganz direct, so doch durch ein unabweisbares argumentum a contrario — hinzugefügt, daß, wenn dem Erben Legate zu dem Ende gegeben seien, damit er ihretwegen auf die Falzidische Quart verzichte, dann die Anwendung der Falcidia, zwar nicht von vorneherein, aber doch in dem Fall ausgeschlossen sein solle, wenn der Erbe die ihm gegebenen Legate annehme. Der Erbe soll also nur die Wahl haben zwischen den Legaten und der Quart, nicht Beides. Als gleichbe-

---

[9]) Dies kann zunächst für das Justinianische, Legate und Fideicommisse gegenseitig aus sich ergänzende Recht nicht bezweifelt werden. Ausdrücklich auch für die Fideicommisse oder doch allgemein für die Vermächtnisse ausgesprochen finden sich zudem die Ausnahmefälle bei nicht errichtetem Inventar (nov. 1 c. 2 § 2), beim Verzicht auf die Quart (cst. 1 C. ad. leg. Falc. 6,50 cf. für die Legate cst. 19 eod. fr. 46 vgl. fr. 15 § 1 D. ad leg. Falc., auch nov. 1 c. 3), beim erblasserischen Verbot des Abzugs (nov. 1 c. 2 § 2), beim Vermächtniß zur Erfüllung des Pflichttheils (cst. 36 C. de inoff. test. 3,28) und ad pias caussas (nov. 131 c. 12). Aber man wird überall, wo gesagt wird, daß die Falcidia cessire, dies auch von den Fideicommissen verstehen müssen, will man nicht zu irrationellen Consequenzen gelangen, z. B. beim test. militis (cst. 7 C. ad leg. Falc.). Endlich ist denn auch die Ausnahme, welche bei den für den Erben werthlosen Objecten die cst. 15 C. l. c. verbotenus nur für die Fideicommisse macht, rückwärts auch auf die Legate zu beziehen. — Vgl. noch fr. 59 pr. 81 §§ 1, 2 D. ad leg. Falc.

[10]) Vgl. fr. 123 pr. D. de leg. I. fr. 22 pr. 94 D. ad leg. Falc.

[11]) S. auch fr. 91 D. eod.

deutend aber wird es hingestellt, ob er mit Legaten oder Fideicommissen überschwert sei, ob er also die Falzidische oder die Pegasianische Quart zu fordern habe. Für die Fideicommisse enthält daher das fr. 75 den Satz, daß den dodrans übersteigende Fideicommisse doch gültig, daß das an sich begründete Pegasianum also ausnahmsweise doch ausgeschlossen sein soll, wenn der Fiduziar solche Legate oder, wie man gewiß verallgemeinernd sagen muß, Vermächtnisse annimmt, die ihm zur Abwendung des Quartabzugs gegeben wurden. Dieser Satz aber ist für die Lehre vom Sc. Pegasianum von Bedeutung.

Als solche, zur Abwendung des Pegasianischen Quartabzugs gegebene Vermächtnisse sind nämlich, wie nunmehr erwiesen werden soll, vor allen anderen diejenigen Zuwendungen zu verstehen, welche der Erblasser dem Universalfiduziar gibt, wenn er ihn bittet, die Erbschaft deducta aliqua summa,[12]) retenta [13]) oder praecepta [14]) re vel summa zu restituiren. Und es ist lediglich eine Anwendung des im fr. 75 cit. allgemein gefaßten Satzes, wenn die Quellen überall bezeugen,[15]) daß, wenn hier der Universalfiduziar jene Zuwendungen annehme, nun unter Ausschluß des Pegasianum ex Trebelliano so restituirt werde, daß die Erbschaftsklagen mit der Restitution ohne Weiteres ganz auf den Fideicommissar übergehen, d. i. also, daß das gegebene Fideicommiß, obwohl es ja die hereditas als tota ergreift, nun doch in vollem Umfang gültig werde.

Die Behauptung, daß jene Zuwendungen als Vermächtnisse zu verstehen seien, ist nicht neu, aber um so lebhafter bestritten. Und nicht ohne einen gewissen Schein der Berechtigung entgegnet man vor Allem: da der Fiduziar diese Zuwendungen in die Quart einrechnen muß,[16]) und da ferner feststeht, daß nur das in die Falzidische und daher auch nur das in die mit ihr identische Pegasianische Quart eingerechnet wird, was der Fiduziar iure

---

12) § 9 J. de fideic. her. 2,23. fr. 1 §§ 17, 21. fr. 80 (78) § 13 D. h. t. 36,1.

13) fr. 3 § 3 D. de usur. 22,1. fr. 40 § 1 D. de leg. III. fr. 13 § 6 D. H. P. 5,3. fr. 31 (30) § 3 D. h. t. 36,1.

14) § 9 J. cit. fr. 1 § 8 D. Quando de pecul. actio 15,2. fr. 43 pr. D. de cond. et demonstr. 35,1. fr. 5 § 15 D. de don. inter vir. et uxor. 24,1. fr. 1 § 16. fr. 28 (27) § 14. fr. 65 (63) § 3. fr. 74 (72) D. h. t. 36,1. fr. 125 D. de leg. I. fr. 31 (30) § 4 D. h. t. 36,1.

15) § 9 J. cit. fr. 31 (30) § 3 D. h. t. 36,1. fr. 1 § 8 D. 15,2 cit. fr. 93 in f. D. ad. leg. Falc. 35,2. fr. 1 §§ 16, 17 D. h. t. 36,1.

16) § 9 J. de fideic. her. 2,23. fr. 91, 93 D. ad leg. Falc. fr. 60 (58) § 3 D. h. t. 36,1.

hereditario hat:[17]) so folgt hieraus, daß der Fiduziar auch diese Zuwendungen nicht als Vermächtnisse, iure legati, sondern eben nur iure hereditario erhält.[18])

Dagegen wird indes wohl replizirt: Jure hereditario könne der Fiduziar diese Zuwendungen schon um deswillen nicht innehaben, weil er ja durch die unter ihrer Einbehaltung erfolgende Restitution die Erbschaftsklagen ganz auf den Fideicommissar übertrage, weil er also durch die Restitution quoad effectum — und darauf allein komme es an — völlig aufhöre, Erbe zu sein. Daher bleibe die Annahme unumgänglich, daß der Fiduziar diese Zuwendungen, die er iure hereditario nicht haben könne, iure legati innehabe.[19])

So stehen sich in dieser Frage zwei Ansichten gegenüber, von denen die eine die andere unbedingt auszuschließen, deren Vereinigung und Versöhnung kaum möglich zu sein scheint. Allein die Wahrheit dürfte gleichwohl auch hier, wie so oft, in der Mitte liegen.

Allerdings nämlich ist es richtig, daß der Fiduziar, indem er unter Einbehaltung dieser Zuwendungen restituirt, durch die Restitution quoad effectum völlig aufhört, Erbe zu sein. Und ferner ist es unzweifelhaft wahr, daß, wer nicht mehr Erbe ist, auch Nichts mehr als Erbe haben kann: Letzteres aber muß doch der Ausdruck „iure hereditario habere“ bedeuten, soll er nicht eine leere, auch durch das dem Fiduziar trotz der Restitution natürlich noch verbleibende[20]) nomen heredis kaum nothdürftig colorirte, Redensart sein.

Allein trotz dem Allem ist zu behaupten, daß der Fiduziar, wenn er die Quart einbehält, jene Zuwendungen iure hereditario behält.

Andererseits aber ist es allerdings nicht minder richtig und unbestreitbar, daß der Fiduziar die hier fraglichen Zuwendungen in die Quart ein-

---

[17]) fr. 74, 91 D. ad leg. Falc. fr. 18 § 3 D. h. t. 36,1.

[18]) Brinz, Pand. pp. 972 flg. und Vangerow Pand. II. § 536 in den früheren Auflagen vertreten diese Meinung.

[19]) Buchholtz l. c. Cap. X. p. 255 und öfters. Vangerow, 7. Auflage II. p. 485. — Schwankend Kretschmar, Natur des Praelegats, Leipzig 1874 § 1 Anm. 3 und § 12 bei Anm. 95a flg.

[20]) Weil nach dem Satz „semel heres semper heres“ unübertragbare: fr. 7 § 10 D. de minor. 4,4. fr. 3 § 2 D. de lib. et post. 28,2. fr. 3 § 3. fr. 88 D. de hered. inst. 28,5.

zurechnen hat. Und richtig ist weiter, daß die Falzidische und die Pegasianische Quart durchaus identisch sind: das ist ja gerade die hier vertretene Auffassung, welche das ganze Recht des Pegasianischen Quartabzugs lediglich aus der unmittelbaren und vollständigen Uebertragung der lex Falcidia auf die Fideicommisse herzuleiten versuchte. Richtig ist endlich, daß der Erbe nach der Falcidia nur das in die Quart einrechnen muß, was er iure hereditario erhält.

Allein trotz dem Allem ist zu behaupten, daß der Fiduziar, wenn er die Quart nicht einbehält, jene Zuwendungen iure legat erhält.

Denn das Richtige scheint dies zu sein: Jene Zuwendungen sind Vermächtnisse. Aber der Fiduziar erhält die zugewendeten Objecte nur dann iure legati, wenn er die Quart nicht einbehält, iure hereditario dagegen, wenn er die Quart einbehält.

Diese Ansicht juristisch zu construiren, ist die Aufgabe der folgenden Paragraphen.

---

§ 2.

Construction der Anordnung, der Erbe solle deducta summa, retenta, praecepta re vel summa die Erbschaft restituiren.

Wenn im vorigen Paragraphen der zweiten von jenen beiden Hauptansichten, wenigstens in ihrer grundlegenden Behauptung, der Vorzug gegeben wurde, so muß dies zunächst gestützt werden auf jene völlig richtige Argumentation, daß der Fiduziar, welcher durch seine Restitution die Erbschaftsklagen ganz auf den Fideicommissar überträgt, also, quoad effectum, völlig aufhört, Erbe zu sein, nun auch nichts mehr iure hereditario innehaben kann. Gerade für den Fall aber sind dem Fiduziar diese Zuwendungen gegeben, daß er ihretwegen auf die Quart verzichte, daß er mit Uebertragung der ganzen Erbschaftsklagen restituire: sie sind ihm daher für einen Fall gegeben, in welchem er sie unzweifelhaft nicht iure hereditario haben kann. Schon dies nöthigt zu der Anerkennung, daß die Zuwen-

dungen nicht per universitatem, sondern als singulae res gegeben wurden, d. i. aber, da der Gedanke an eine mortis caussa capio von vorneherein ausgeschlossen bleibt, als Vermächtniß.

Allein diese Auffassung, daß die Zuwendungen Vermächtnisse seien, kann doch nur anerkannt werden unter dem Vorbehalt einer wesentlichen Modification, einer Abweichung von der gewöhnlichen Meinung, welche die Frage betrifft, wer denn nun mit diesen Vermächtnissen onerirt sei.

Die Vertreter der Ansicht, daß diese Zuwendungen Vermächtnisse seien, setzen wohl sämmtlich, wie denn auch ein Anderes auf den ersten Blick fast als juristisch unmöglich erscheinen dürfte, als Onerirten den Fideicommissar. [1]) Und wirklich hat diese Meinung einigen Schein für sich. Man könnte nämlich so sagen: Der Fideicommissar, welchem die hereditas, d. i. also das gesammte Erbenrecht, zum Antheil des Fiduziars, restituirt werden soll, hat durch das Vermächtniß ein fideicommissarisches Recht auf Herausgabe aller in der Erbschaft befindlichen einzelnen Sachen erhalten. Wenn nun einige dieser Sachen aus der hereditas heraus dem Fiduziar zugewendet werden, so enthält diese Anordnung eine Wiedereinschränkung des ohne sie auch diese Sachen ergreifenden Rechtes des Fideicommissars, mithin eine Onerirung desselben. Und dabei brauchte auch nicht, was der Erblasser offenbar nicht will, nothwendig vorausgesetzt zu werden, daß die zugewendeten Sachen zunächst durch die Restitution auf den Fideicommissar und dann erst wieder durch Rückpraestation auf den Fiduziar übergingen [2]) — Vorgänge, die sich ja factisch freilich in der Regel zu einem bloßen Behalten Seitens des Fiduziars bei der Restitution verflüchtigen würden —: die Zuwendungen könnten zur Noth auch, der erblasserischen Willensrichtung entsprechender, als Vermächtnisse von dem Honorirten (Fiduziar) bereits gehörigen Sachen aufgefaßt werden, auf deren Herausgabe der Onerirte (Fideicommissar) vermöge des fideicommissum hereditatis an sich einen Anspruch hätte, auf welchen Anspruch er aber verzichten sollte. [3])

Allein, schon wenn man die Worte, welche der Erblasser bei Anordnung dieser Zuwendungen gebraucht, etwas genauer betrachtet, muß eine solche Construction bedenklich erscheinen. Der Erblasser sagt gar nicht, daß

[1]) S. bes. Vangerow Pand. II. pp. 485, 154. — Beispiele eines dem Erben vom Vermächtnißnehmer gegebenen Vermächtnisses s. in fr. 49 §§ 4, 5, 7 D. de leg. I.

[2]) Wie besonders Vangerow l. c. construirt.

[3]) Also ein fideicommissum liberationis: fr. 1 pr. fr. 8 pr. fr. 24 D. de lib. leg. 34,3. fr. 39 § 2 D. de leg. I.

der Fideicommissar dem Fiduziar Etwas belassen, geschweige denn, daß er ihm Etwas geben solle, seine Worte richten sich vielmehr lediglich an den Fiduziar: er soll abziehen, einbehalten, vorwegnehmen, oder vielmehr, er soll, nach dem in sein Belieben gestellten Abzug, Einbehalten, Vorwegnehmen, die Erbschaft restituiren. Hierin liegt zweierlei. Einmal, daß bei Anordnung der Zuwendungen des Fideicommissars gar nicht gedacht wird. Allein dies würde eine Onerirung desselben noch nicht unbedingt ausschließen.[4]) Sodann aber, und dies ist das Wesentliche, wird man zugeben müssen, daß, von den Consequenzen einmal abgesehen, eine unbefangene Auslegung der erblasserischen Worte hier doch wirklich nicht zu der Annahme gelangen kann, der Erblasser habe die zugewendeten Objecte erst dem Fideicommissar geben und dann dem Fiduziar zurückgeben, er habe mit ihnen den Fideicommissar erst honoriren und dann wieder oneriren wollen. Vielmehr kann eine ungekünstelte Auffassung der Anordnungsworte gewiß nur dahin führen, daß der Erblasser den Fideicommissar lediglich beschränkt honorirt habe. Und will man einmal diesen Zuwendungen einen in diesem Puncte analogen Fall zur Seite stellen, so ist das nicht der, wo der Erblasser dem Erben zurückgibt, womit er ihn vorher onerirte,[5]) sondern beispielsweise der, wo er dem Erben ein legatum domus et omnium rerum, quae in hac domo sunt, excepto argento[6]) auferlegte. So wenig man nun in diesem Fall zu der Meinung kommen wird, dem Legatar, dem doch auch zunächst omnes res, quae in domo sunt, legirt wurden, sei ein Rückfideicommiß bezüglich des argentum exceptum auferlegt worden: ebensowenig wird man sagen dürfen, daß der Fideicommissar, dem deducta summa, retenta oder praecepta re vel summa die hereditas restituirt werden soll, mit einem Rückfideicommiß bezüglich dieser re vel summa onerirt worden sei.

So bleibt also, will man nicht auf eine der Willensrichtung des Erblassers widerstrebende und darum unwahre Construction hinauskommen, Nichts übrig, als in diesem Punct von der gewöhnlichen Meinung abzuweichen. Der Satz aber, welcher die entstehende Lücke ausfüllen soll, ist dieser: die Zuwendungen, welche in den Worten deducta summa, retenta oder praecepta re vel summa angeordnet werden, sind Vermächtnisse, bei

4) Vgl. fr. 77. fr. 108 §§ 13, 14 D. de leg. I.

5) Wie, wenigstens im Enderfolg, im fr. 49 §§ 4, 5, 7 de leg. I. cit.

6) fr. 32 § 2 D. de usu et usufr. et reditu leg. 33,2; vgl. fr. 14 D. de suppell. leg. 33,10 fr. 41 § 4. fr. 72 D. de leg. I.

welchen Honorirung und Onerirung nicht, wie die Regel ist, auf zwei Personen sich vertheilen, sondern ausnahmsweise in der einen Person des Fiduziars zusammentreffen.

Zur Begründung dieses Satzes muß Einiges aus der Lehre vom Praelegat — nur scheinbar Fernliegendes — zu Hülfe genommen werden.

Wenn einem von mehreren Miterben ein Praelegat gegeben wurde, so ist, wie bekannt, der auf den Erbtheil des Honorirten entfallende Theil des Praelegates, wenn der Honorirte Erbe wird, nach dem Satz „heredi a semet ipso inutiliter legatur“ ungültig. Der Honorirte besitzt, wenn er Erbe geworden ist, diesen Theil des Praelegates nicht iure legati, sondern iure hereditario.[7]) Gültig dagegen wird das Praelegat auch zu diesem Theil, wenn der Honorirte die Erbschaft ausschlagt. Dies sagt die c. 12 C. de leg. 6,37[8]):

Gordianus.

> „Cum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est, praeceptionis legatum et omissa parte hereditatis vindicari posse declaretur: intelligis desiderio tuo iuxta iuris formam esse consultum. Verba vero responsi haec sunt: Filiae mater praedium ita legavit: PRAECIPITO SUMITO EXTRA PARTEM HEREDITATIS. Cum hereditati matris filia renuntiasset, nihilo minus eam recte legatum vindicare visum est.“

Ungültig aber ist endlich wieder jener Praelegatantheil dann, wenn der Honorirte zwar nicht antritt, aber auch nicht ausschlägt, sondern, ohne sich auf die Delation erklärt zu haben, verstirbt. Dies spricht ebenfalls Papinian aus in dem bekannten fr. 75 § 1 D. de leg. II.:

> „Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem, ante aditam hereditatem vita decessit. Partem hereditatis ad coheredes substituto pertinere placuit. Praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti.“

Auf den Streit, welcher sich bekanntlich an diese Divergenz der fr. 75 und der vorher citirten Stellen anknüpft, des Näheren einzugehen, ist hier nicht der Ort. Die zutreffendste Vereinigung beider Sätze aber scheint

[7]) fr. 18. fr. 34 § 11. fr. 116 § 1 D. de leg. I. fr. 18 § 2 D. de his, quae ut ind. 34,9 (s. pp. 16 flg.).

[8]) S. auch fr. 87. fr. 17 § 2. fr. 18 D. de leg. I.; vgl. fr. 88, 89, 90 eod.

in unmittelbarem Anschluß an das, was neuerdings Kretschmar darüber ausgeführt hat,[9]) in folgender Argumentation gefunden werden zu müssen.

Das Praelegat ist zu dem auf den Erbtheil des Honorirten entfallenden Theil allerdings nach dem obigen Rechtssatz ungültig. Ungültig aber nur, wie Kretschmar es bezeichnet, primär, d. h. insoweit der Praelegatar selbst zu diesem Theil als Onerirter gesetzt und gedacht ist. Gültig dagegen ist auch dieser Theil des Praelegates secundär, d. h. insoweit neben und hinter dem Praelegatar selbst dessen Miterben als onerirt gedacht sind. Diese secundäre Gültigkeit steht nämlich unter der vom Erblasser implicite gesetzten Bedingung, daß der Praelegatar nicht Erbe werde. Diese Bedingung aber ist nicht eine einfach negative, sondern eine conträre Negativbedingung, zwischen welchen beiden Begriffen ein wesentlicher und folgenreicher Unterschied besteht.

Die einfache Negativbedingung „si heres non erit" würde nämlich nur diesen Inhalt haben: Wenn es feststeht, daß der honorirte Delat nicht Erbe sein wird. Dies steht aber, abgesehen von einer ausdrücklichen Ausschlagung der Erbschaft, wenn der Delat ohne Erklärung über dieselbe verstirbt, jedenfalls schon in, nicht erst nach, dem letzten Lebensmoment des Delaten fest, damit eben, daß er den letzten Athemzug verhaucht, ohne die Erbschaft angetreten zu haben. Daher wird diese einfache Negativbedingung „si heres non erit" noch bei Lebzeiten des Honorirten existent und deshalb transferirt der Erbe das ihm von seinem Miterben unter der, hier stets einfach negativen Bedingung „si heres non erit" gegebene Vermächtniß, wenn er ohne Erklärung über die Erbschaft verstirbt, auf seine Erben, wie dies beweist das fr. 31 D. quando dies leg. 36,2:

Scaevola.

„Uxori ex parte sextante heredi institutae substituit et heredum fidei commisit, si uxor heres non erit, dotem ei et alia quaedam dari. Post mortem mariti uxor ante condicionem et priusquam adeat hereditatem decessit. Quaesitum est, an dies fideicommissi, cum moritur, cessisse videatur ideoque heredibus eius debeatur. Respondi, si uxor prius decessit, quam hereditatem adiret, videri diem fideicommissi cessisse."

[9]) Die Natur des Praelegates §§ 13 flg., bes. § 18.

Allerdings ist hier, so scheint es wenigstens, außer der Fideicommißbedingung „si uxor heres non erit“ auch der Erbeseinsetzung irgend eine, nicht referirte, Bedingung [10]) beigefügt worden („ante condicionem e t“), vor deren Eintritt die uxor verstarb; aber es wird, obwohl dies doch hiernach an sich selbstverständlich ist, noch ausdrücklich hervorgehoben und damit als etwas Wesentliches bezeichnet „et priusquam adeat hereditatem“ und in dem responsum selbst wird Alles nur davon abhängig gemacht „si uxor prius decessit, quam hereditatem adiret“, so daß also der hier allein interessirende Fall, wo zwar die Bedingung der Erbeseinsetzung, nicht aber — bis zum ultimus spiritus der uxor — die Fideicommißbedingung eingetreten war, jedenfalls mitentschieden wird.

Dem Obigen gegenüber hat nun aber die conträre Negativbedingung „si heres non erit“ — oder eigentlich richtiger „si non heres erit“ — diesen Inhalt: Wenn es feststeht, daß der honorirte Delat, wie man sagen könnte, ein Nichterbe sein wird, oder, daß er nicht Erbe sein kann. Auch diese Bedingung wird zwar in gleicher Weise existent dann, wenn der Delat die Erbschaft ausschlägt, sie defizirt ebenso, wie die einfache, wenn er antritt. Verstirbt dagegen der Delat ohne Erklärung auf die Delation, dann wird diese conträre Negativbedingung erst nach, nicht schon in seinem letzten Lebenshauch existent. Denn noch in ultimo spiritu konnte der Delat antreten: wenn auch die Thatsache des Antrittes ausblieb, so war doch die Möglichkeit des Antrittes noch nicht ausgeschlossen.

Nach dieser Unterscheidung und wenn man jene stillschweigende Bedingung, daß der Praelegatar nicht Erbe werde, als eine solche conträre Negativbedingung auffaßt, erklärt es sich nun vollkommen, warum der primär ungültige Praelegatentheil im Fall der cst. 12 gültig wurde, im Fall des fr. 75 § 1 dagegen ungültig blieb. Denn dort war diese conträre Negativbedingung, durch die Ausschlagung der Erbschaft, noch bei Lebzeiten,

---

[10]) Dabei kann Scaevola nur eine positive Bedingung voraussetzen, z. B. „si Titius capitolium ascenderit, uxor heres esto“; denn nur von ihr ist es richtig, daß, wenn sie bis zum Moment des Todes der uxor nicht eintrat, diese „ante condicionem“ versterbe. Dagegen tritt die negative Bedingung „si Titius capitolium non ascenderit,“ wenn nicht vorher, als einfache Negativbedingung jedenfalls in ultimo spiritu uxoris ein, so daß diese also hier stets post condicionem, als Delatin, versterben wird. Ob aber ante oder post condicionem, ist im Endergebniß hier einerlei, in beiden Fällen wird die Fideicommißbedingung existent, wenn nur die uxor stirbt, priusquam adeat hereditatem: worauf auch allein Scaevola mit Recht es in seiner Entscheidung ankommen läßt.

hier dagegen, durch Eintritt der Unmöglichkeit Erbe zu werden, erst nach dem Tode des Honorirten existent geworden, dort also der dies legati wirksam, hier unwirksam cedirt.

Aber es bedarf noch der Begründung, warum denn jene Bedingung als eine solche conträre und nicht als eine einfache Negativbedingung aufzufassen sei. Dies erhellt hieraus: Wenn der Erblasser dem Miterben ein Praelegat gibt, so hat er dabei bezüglich der Realisirung des auf den Erbtheil des Praelegatars entfallenden Theils des Praelegates zwei Möglichkeiten im Auge: die eine, daß der Honorirte diesen Theil des Praelegates von sich selber, die andere, daß er auch ihn von seinen Miterben erhält. Auf die erste dieser Alternativen ist nun, um den Ausdruck beizubehalten, die primäre Absicht des Erblasses gerichtet, d. h. in erster Linie soll — durch die in erster Linie gewollte Erbschaftsantretung des Honorirten — sie, die zweite soll erst in zweiter Linie, secundär und subsidiär, d. i. erst dann eintreten, wenn jene erstere unmöglich geworden ist, d. i. eben, nur mit anderen Worten, „wenn es feststeht, daß der honorirte Delat nicht Erbe sein kann.

Ganz anders liegt dies in dem Fall des fr. 31 cit. [11]) Auch dort zwar setzte der Erblasser den Honorirten zum Erben ein und gab ihm erst dann unter der Bedingung „si heres non erit" das Vermächtniß. Aber diese beiden Anordnungen stehen doch durchaus nicht in dem Verhältniß einer primären zu einer secundären. Denn man kann hier gewiß nicht sagen, daß der Erblasser in erster Linie die Erbschaftsantretung des Honorirten und erst in zweiter Linie den Erwerb des Vermächtnisses wünsche. Vielleicht setzte er gerade umgekehrt den Honorirten nur aus gewissen Rücksichten zum Erben ein und sucht ihn nun durch Anbietung des Vermächtnisses unter der Bedingung „si heres non erit" zum Verzicht auf die Erbschaft zu bestimmen. Aber auch abgesehen von derartigen bestimmten Intentionen des Erblassers, keinesfalls kann man sagen, daß der Einsetzungswille irgendwie vorwiege da, wo der Erblasser dem Delaten, indem er ihm ein Vermächtniß statt, nicht wie beim Praelegat, neben der Erbschaft anbietet, den Verzicht auf die letztere noch besonders leicht macht. Und deßhalb eben soll nach der Absicht des Erblassers der zweite Wille ganz gewiß nicht erst dann verwirkiicht werden, wenn der erste gar nicht mehr verwirklicht werden

---

[11]) Der Fall wird im Folgenden seiner unwesentlichen Besonderheiten entkleidet, namentlich wird von jener condicio der Erbeseinsetzung abgesehen.

kann, sondern einfach schon dann, wenn derselbe nicht verwirklicht wird, d. i. „wenn es feststeht, daß der honorirte Delat nicht Erbe sein wird." Daher ist die Bedingung „si heres non erit" hier eine einfach negative.

Diese Vergleichung und Vereinigung der oben gegenübergesetzten Stellen, zu deren näherer Begründung übrigens noch ausdrücklich auf das von Kretschmar l. c. Ausgeführte zu verweisen ist, liefert nun dies Ergebniß, daß jener primär ungültige Praelegatentheil, d. i. also das dem Erben von sich selbst gegebene Vermächtniß, nicht etwas absolut ungültig Verliehenes ist, daß er vielmehr unter Umständen gültig wird: dies aber nicht schon dann, wenn der Honorirte nur nicht Erbe wird, sondern erst dann, wenn er, einen conträren Gegensatz zum Erben, dem Delaten, welcher angetreten hat, bildend, die Erbschaft ausgeschlagen hat und dadurch ein Nichterbe geworden ist. Dies ist der Gegensatz der cst. 12 und der ihr verwandten Stellen zum fr. 75 § 1.

Aber diese letztere Stelle findet noch einen anderen, weiter gehenden, bisher jedoch, wie es scheint, weniger beachteten Gegensatz in dem fr. 18 § 2 D. de his, quae ut indign. 34,9:[12])

Papinianus.

„Pro parte heres institutus praedii legatum acceperat et in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat. Quamquam legatum pro ipsius parte non constitisset ideoque portionem istam pro herede possideret: tamen ei praedium integrum esse relinquendum respondi. Neque enim rationem iuris ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis."

Dem coheres indignus ist ein Praelegat gegeben. Die Erbschaft wird eripirt, aber das Praelegat bleibt dem indignus zu allen Theilen erhalten.

Auch hier also wird das dem Erben von sich selbst gegebene Vermächtniß gültig (consistit), obwohl es ungültig gewesen („non constitisset"), wenn nämlich der honorirte heres nicht ein indignus war. Gültig aber wird dies Vermächtniß doch unter ganz andern Umständen, wie das der cst. 12.

---

[12]) S. auch fr. 12 eod. — Vgl. übrigens fr. 15 § 1 D. ad Sc. Silan. 29,5.

Denn dort erklärt sich das Consistiren einfacher. Indem statt der primären jene secundäre Absicht des Erblassers verwirklicht wurde, trat damit diejenige Alternative ein, für welche das Vermächtniß nicht heredi a semet ipso, für die es weder dem Erben, noch dem Honorirten von sich selbst, sondern dem extraneus vom Erben gegeben war.[13])

Hier dagegen ist gerade jener primäre Wille des Erblassers durch die Antretung des coheres indignus schon zur Existenz gekommen, damit aber ist bereits der fragliche Praelegatentheil nach der obigen Rechtsregel, so möchte man wenigstens annehmen (s. hierüber unten pp. 29, 30 bei der Erörterung über die cessio diei), ungültig geworden. Trotzdem nun soll das Vermächtniß auch zu diesem Theil gültig sein, wenn der Erbe durch die Exeption — auch hier einen conträren Gegensatz zum wirklichen Erben bildend — quoad effectum aufhört, Erbe zu sein. Hierin liegt aber doch eine größere Auffälligkeit, als in der Entscheidung der cst. 12. Denn während dort, wie gezeigt, durch den Ausfall der ersten und den Eintritt jener zweiten Alternative die beiden Elemente der Honorirung und Onerirung von vornherein sich in voller Wirklichkeit, nicht allein quoad effectum, sondern auch quoad rationem iuris, auf zwei Personen, den Exdelaten und den Miterben, vertheilten: sind beide Elemente hier nicht allein durch den Eintritt der ersten Alternative, d. i. die Antretung des coheres indignus, in dessen einziger Person zusammengetroffen, sondern sie bleiben auch nach der Exeption, wenigstens quoad rationem iuris, in seiner Person, der die Erbenqualitart unauslöschlich anhaftet[14]), vereinigt; und davon, daß etwa, auch hier in zweiter Linie, der Fiscus insoweit vom Erblasser onerirt worden sei, kann gewiß nicht die Rede sein.[15])

Das Auffallende beider und insbesondere des letzten Falles liegt nun offenbar, wie auch im Bisherigen bereits mehrfach angedeutet, in ihrem Verhältniß zu der mehrgedachten Rechtsregel „heredi a semet ipso inu-

[13]) Vgl. insbes. fr. 18 D. de leg. I.: Quamvis a semet ipso inutiliter ei legatum fuisset".

[14]) fr. 43 § 3 D. de vulg. et pup. subst. 28,6.

[15]) Wie dies ja bei den verwandten bona vacantia möglich ist: fr. 114 § 2 D. de leg. I. — Vgl. auch fr. 8 und insbes. fr. 18 § 1 D. de his quae ut ind. 34,9, woraus noch namentlich hervorgeht, daß gewiß nicht etwa eine billige Rücksichtnahme auf Bewahrung des indignus vor Schaden (wie z. B. in fr. 87, 88, 89, 90 D. de leg. I., über welche unten Anm. 25 p. 27 zu vergleichen) die Gültigkeit des a semet ipso gegebenen Vermächtnisses herbeiführte, sondern eben nur die unabweisbare ratio iuris, wie sie im Texte dargelegt wird.

tiliter legatur". In beiden Fällen, so sehr sie auch in ihrer weiteren Entwickelung auseinandergehen, ist dem Erben, in dem auf seinen Erbtheil entfallenden Praelegatentheil, ein Vermächtniß a semet ipso gegeben: und dies Vermächtniß wird in beiden Fällen gültig, obwohl man doch nach jener Regel das Gegentheil anzunehmen geneigt wäre. Allein diese Regel muß nur richtig aufgefaßt werden, dann hebt sich auch dieser scheinbare Widerspruch.

Die Rechtsregel, daß das dem Erben von sich selbst gegebene Vermächtniß ungültig sei, findet sich bekanntlich nicht nur in den obigen,[16]) sondern auch noch mit anderen Ausdrücken dahin ausgesprochen, entweder, daß nicht so legirt werden könne,[17]) oder, daß ein derartiges Vermächtniß nicht bestehe, nicht consistire.[18]) Mit Absicht jedoch wurde die obige Fassung vorangestellt.

Wenn nämlich jene anderen Sätze nur einfach das einmal feststehende Resultat, die Ungültigkeit des Vermächtnisses, aussprechen, so enthält die oben vorangestellte Fassung der Regel etwas mehr, insofern, als sie den Grund dieser Ungültigkeit, zwar nicht unmittelbar ausspricht, aber doch zu seiner Auffindung bestimmt genug anleitet. Es wird gesagt, ein dem Erben von sich selbst gegebenes Vermächtniß sei ein inutile, d. i. nutzlos, wirkungslos. Dies könnte nun freilich auch soviel bedeuten sollen, das Vermächtniß sei deshalb wirkungslos, weil es, nach jenen anderen Sätzen, für nicht gegeben angesehen werde, nicht consistire: so daß also dieser Satz jene anderen zu seiner Voraussetzung hätte. Indessen liegt es doch näher, von einer solchen ergänzenden Heranziehung der anderen Sätze abzusehen und dem hier vorangestellten die gleiche selbstständige Bedeutung beizumessen, wie ihnen. Danach wäre dann der Grund der Ungültigkeit, ganz selbstständig, in etwas Anderem zu suchen.

Nun ist der Begriff der Wirkungslosigkeit an sich selbst gewiß nur ein rein thatsächlicher: es wird mit der Regel „heredi a semet ipso inutiliter legatur" nicht etwa gesagt, daß der Erblasser gegen irgend einen positiven Rechtssatz oder ein rechtliches Prinzip verstoße, sondern nur,

---

[16]) fragm. Vat. 87. fr. 18 D. de leg. I. fr. 34 § 11 eod. fr. 34 § 1 D. de leg. II.

[17]) Ulp. fragm. XXIV., 22. fr. 116 § 1 D. d. leg. I.

[18]) fr. 40 pr. D. de leg. III. fr. 18 D. de leg. praest. 37,5. fr. 15 D. de his, quae ut ind. 34,9. fr. 18 § 2 eod. p. 16 cit. vgl. fr. 75 § 1 D. de leg. II. p. 12 cit. — S. hierüber auch Kretschmar l. c. § 3.

daß seine Anordnung keinen Erfolg haben werde. Dies weist darauf hin, daß, in Ermangelung irgend einer Andeutung für das Vorhandensein eines Rechtsgrundes, auch der Grund dieser Wirkungslosigkeit und damit zugleich der Grund ihrer Folge, der Ungültigkeit des heredi a semet ipso gegebenen Vermächtnisses, lediglich ein thatsächlicher, daß derselbe allein in den gegebenen thatsächlichen Voraussetzungen einer solchen Vermächtnißverleihung zu suchen sei. Sieht man aber einmal auf diese thatsächlichen Voraussetzungen, so ergibt sich alsbald, daß mit ihnen die Vermächtnißverleihung allerdings in einem offenbaren Mißverhältniß steht: und zwar deshalb, weil durch sie Etwas noch einmal angeordnet ist, was bereits angeordnet wurde, weil sie also etwas Ueberflüssiges darstellt.[19])

Wenn nämlich der Erblasser dem Erben ein Vermächtniß von sich selbst gibt, so gibt er ihm damit das Recht, dasjenige noch einmal zu erhalten und inne zu haben, was der Erbe bereits durch die Erbschaftsantretung erhalten und innehat; er verleiht ihm also dasjenige noch einmal, was er ihm schon durch die Erbeseinsetzung verlieh. So concurriren zwei Verleihungen in einem und demselben Object,[20]) von denen eine nothwen-

---

[19]) Für den rein thatsächlichen Begriff der Inutilität (Wirkungslosigkeit) und ihren rein thatsächlichen Grund (Ueberflüssigkeit) vergl. auch die Erörterungen der römischen Juristen über die Utilität des legatum debiti und liberationis, insbes. in fr. 11 D. de liber. leg. 34,3. fr. 13, 14, 25 eod. fr. 28, 29 D. de leg. I. fr. 1 § 10 D. ad leg. Falc. 35,2. fr. 5 eod. § 14 J. de legat. 2,20. fr. 82 pr. D. de leg. II., vgl. cst. 1 C. commun. de leg. 6,43. — Ferner möge noch wenigstens ein kurzer Hinweis gestattet sein auf eine nahe verwandte Frage. Jener Form des obigen Rechtssatzes: „Legatum heredi a semet ipso datum consistere non potest“ analog gefaßt findet sich im fr. 45 D. R. J. 50,17 der Satz: „Neque pignus neque . . . rei suae consistere potest“. Die bekannte Streitfrage, inwieweit trotz dieses Satzes das Pfandrecht an eigner Sache rechtliche Wirkungen äußern könne, dürfte von der Grundlage aus zu entscheiden sein, daß auch seine Ungültigkeit ihren Grund findet lediglich in der Ueberflüssigkeit eines speziellen Rechtes an der Sache, an welcher gleichzeitig das umfassende Eigenthumsrecht zusteht. Geht man hiervon aus, so erklärt sich leicht, warum, wie es kurz ausgedrückt werden kann, die Ungültigkeit des Pfandrechtes an eigner Sache nur soweit reicht, als Eigenthum und Pfandrecht sich ihrem Inhalt nach decken: denn nur insoweit eben liegt jene die Gültigkeit allein hindernde Ueberflüssigkeit vor. S. insbes. fr. 30 § 1 D. de exc. rei iud. 44,2 (darüber Arndts Pand. § 389 Anm. 2, namentlich die Schlußbemerkung). cst. 1 C. si antiquior cred. 8,20. fr. 19 D. Qui potior. 20,4. fr. 17 eod. cst. 3 C. de his, qui in prior. creditor. 8,19. fr. 3 § 1 D. de distr. pign. 20,5.

[20]) Dies gilt auch von anderen Objecten, als Erbschaftssachen, z. B. von einem legatum nominis oder liberationis. Denn das nomen und die liberatio wurden dem

digermaßen überflüssig ist. Die überflüssige Verleihung aber kann allein die des Vermächtnisses sein, weil, auch abgesehen von der formalen Vorschrift des älteren Rechts,[21]) wonach die heredis institutio stets der Vermächtnißverleihung vorausgehen mußte, die Wirksamkeit der letzteren, bei der Identität des Honorirten und des onerirten Erben, wenn sie überhaupt denkbar, jedenfalls durch vorausgehende Erbschaftsantretung des Honorirten bedingt wäre. Wenn nun so die Verleihung des Vermächtnisses etwas Ueberflüssiges ist, so ist das Vermächtniß eben deshalb wirkungslos (inutile) und, weil wirkungslos, ungültig (non datum, non consistit).

Wird aber hiernach die Ungültigkeit des heredi a semet ipso gegebenen Vermächtnisses lediglich durch die thatsächlichen Voraussetzungen seiner Anordnung herbeigeführt, so ist sie auch, wie nunmehr behauptet werden muß, von diesen abhängig, d. h., wenn in concreto Fälle vorkommen sollten, in denen jene thatsächlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, in welchen die Vermächtnißverleihung sich nicht als etwas Ueberflüssiges darstellt, so fallen mit den Voraussetzungen auch ihre Folgen, die Wirkungslosigkeit und Ungültigkeit des Vermächtnisses fort; und jener Rechtssatz hat dann nur die Bedeutung einer, aus der gewöhnlichen thatsächlichen Gestaltung abstrahirten Regel, welche Ausnahmen in concreto nicht ausschließt und nicht ausschließen will.

Derartige Fälle aber kommen in der That vor. Und vor Allem erscheinen als solche die oben besprochenen Fälle der cst. 12 und des fr. 18 § 2: sie gerade bilden Ausnahmen von jener Regel dahin, daß bei ihnen die Vermächtnißverleihung heredi a semet ipso sich als eine nicht überflüssige darstellt, in denen deshalb das Vermächtniß wirksam und gültig

---

honorirten Erben bereits durch die Erbeseinsetzung verliehen. — Aus dem Vermächtniß einer wissentlich fremden Sache entstehen für den Onerirten genau genommen zwei obligationes (Verbindlichkeiten). Eine obligatio faciendi — sie hat zum Object den (käuflichen) Erwerb der Sache, zu welchem dem Onerirten die Mittel durch die Erbschaft gegeben werden, also aus erbschaftlichen Mitteln. Und eine obligatio dandi — sie hat zum Object die erworbene, nun herauszugebende Sache selbst. Das nächste Object des Vermächtnisses ist also jenes facere. Wurde nun der Erbe selbst mit diesem facere honorirt, so ist auch dies überflüssig, weil er dazu, d. i. also zu einem Erwerb aus erbschaftlichen Mitteln, bereits durch die Erbeseinsetzung, man kann zwar nicht sagen, berechtigt, aber doch in Stand gesetzt wurde. — In ähnlicher Weise ergibt sich die Ueberflüssigkeit der Vermächtnißverleihung auch für alle anderen etwaigen Objecte.

[21]) Ulp. fragm. XXIV, 15.

wird. Denn in beiden Fällen war jene primäre, das Vermächtniß allein wirkungslos machende Absicht des Erblassers, die Erbeseinsetzung, dort gar nicht, hier in einer den Keim der Vernichtung in sich tragenden Weise verwirklicht worden. Und wenn nun jene erste, die zweite Verleihung durch das Vermächtniß allein überflüssig, wirkungslos und ungültig machende Verleihung fortfiel — aber sie mußte eben fortfallen, es genügte nicht, daß sie nicht eintrat (die conträre Negativbedingung) —, bezw. demnächst wieder fortfallen mußte, so erhob sich nunmehr die zweite Verleihung als eine nicht überflüssige, unwirksame und ungültige, sondern als eine inhaltvolle, wirksame und gültige. Denn das überflüssige haben Dürfen dessen, was schon durch jene erste Verleihung erhalten werden sollte, verwandelte sich dort, wo es zu diesem Erhalten gar nicht kam, in ein Recht auf Erhalten, hier, wo das Haben auf Grund der ersten Verleihung demnächst wieder fortfallen mußte, in ein Recht auf Behalten des vermachten Objectes, zwei Rechte, die keinen selbstverständlichen, sondern einen selbstständigen Inhalt haben, deren Verleihung durch das Vermächtniß eine Ueberflüssigkeit durchaus nicht enthielt. Sie war vielmehr für diese Eventualität ein utile, wie sich dies für den Fall des fr. 18 § 2 noch ausdrücklich ergeben mag aus fr. 3 § 4 D. de iure fisci 49,14:

Callistratus.

„Cum ex caussa taciti fideicommissi bona ad fiscum pertinent: omnia, quae in testamento utiliter data sunt, valent. Et ita divus Pius rescripsit.“ [22])

---

22) Zu dem oben p. 16 citirten fr. 18 § 2 möge hier noch Folgendes bemerkt werden: In den Worten „ideoque portionem istam pro herede possideret“ redet Papinian davon, wie es sein würde, wenn keine Exeption stattfände, und will sagen, daß der Praelegatar dann den auf seinen Erbtheil entfallenden Theil des Praelegates pro herede, iure hereditario besitzen würde. Durch die Exeption fällt dieser Besitztitel vollständig zusammen, und zwar, wie noch unten auszuführen (s. p. 30), ex tunc, nicht nur ex nunc. Das Wegfallen dieses Besitztitels deutet ja auch Papinian selbst mit genügender Bestimmtheit an, wenn er sagt: „Obwohl das Legat zum eignen Erbtheil nicht bestanden haben würde“ („non constitisset“) — scil. ohne die Exeption: so daß es also vermöge der Exeption zu diesem Theil gültig wird (s. auch fr. 18 D. de leg I.) — Die Schlußworte „neque enim rationem iuris ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis“ sind so zu verstehen: Denn die ratio iuris — derzufolge der coheres indignus ja auch nach der Exeption noch Erbe ist (fr. 43 § 3 D. de vulg. et pup. subst. 28,6) und also, nur auf sie gesehen, den fraglichen Praelegatentheil noch iure here-

Diesen beiden Ausnahmefällen reihen sich nun aber als weitere an die Fälle jener dem Universalfiduziar gegebenen Zuwendungen, von welchen oben ausgegangen wurde.

Daß und warum diese Zuwendungen als Vermächtnisse anzusehen seien, daß und warum aber bei ihnen nicht der Fideicommissar als Onerirter gesetzt werden dürfe, wurde bereits oben dargelegt. Und im Anschluß daran wurde der Satz aufgestellt, die Zuwendungen seien Vermächtnisse, bei denen Honorirung und Onerirung nicht, wie die Regel, auf zwei Personen sich vertheilten, sondern ausnahmsweise in der einen Person des Fiduziars zusammenträfen.

Dieser Satz bedarf zunächst einer Erläuterung. Denn es hat offenbar etwas Auffälliges, zu sagen, der Fiduziar sei damit o n e r i r t, Etwas sich selbst zu geben oder doch für sich zu behalten; es könnte dies dahin verstanden werden, als ob der Fiduziar die Zuwendungen behalten s o l l e, während doch der Erblasser natürlich nur bestimmen will, daß er sie behalten d ü r f e. Allein, wenn dies auch anzuerkennen, so kann man gleichwohl in einem gewissen Sinn sagen, der Fiduziar sei mit den Zuwendungen an ihn selbst onerirt. Es erklärt sich dies folgendermaßen:

Jene beiden Elemente eines jeden Vermächtnisses, die Elemente der Berechtigung und Verpflichtung, welche für die Regel auf zwei Personen vertheilt sein müssen, können in einer und derselben Person nicht gesondert einander gegenüberstehen, sie müssen sich vielmehr in derselben in Eins verschmelzen. Bei einer solchen Verschmelzung dieser beiden Begriffen aber praevalirt derjenige, auf welchem der Nachdruck liegt. Also z. B., vom Vermächtniß einmal abzusehen, bei dem erblasserischen Veräußerungs v e r b o t der Begriff der V e r p f l i c h t u n g. Die Verschmelzung des haben D ü r f e n s

---

ditario fortbesitzen würde — und auch die Verschiedenheit der bisherigen Besitztitel — pro herede zum eignen Erbtheil, pro legato zu den Erbtheilen der Miterben —, also weder aus den Verhältnissen n a ch noch v o r der Exeption hergenommene Gründe, dürfen nicht, in Anwendung des Grundsatzes, daß alles iure hereditario Besessene dem indignus eripirt werden muß, zu einer Zertheilung des praedium praelegatum zwischen indignus und Fiscus führen, das doch nach dem Willen des Erblassers ganz im Besitz des Praelegatars sein soll. Dieser Wille des Erblassers aber, der also allein maßgebend sein soll, ist der im Praelegat niedergelegte Vermächtnißwille, der daher nunmehr, nach Zusammenbruch der ihn partiell hindernden Erbeseinsetzung, vollständig, auch zu dem auf den eigenen Erbtheil des Praelegatars entfallenden Theil des Praelegates zur Durchführung kommt. — Also völlige Uebereinstimmung mit dem im Text Auszuführenden. — Anders Kretschmar l. c. § 4 p. 30, s. auch § 2 pp. 12 flg.

(ius hereditarium) und behalten Sollens (modus) ergibt daher ein Sollen, ein behalten Sollen. Beim Vermächtniß dagegen liegt der Nachdruck unzweifelhaft auf der gegebenen Berechtigung, die Verpflichtung wird nur folgeweise erzeugt (Verbot des legatum poenae nomine relictum). Daher ergibt hier die Verschmelzung des geben Sollens (Onerirung) und empfangen Dürfens (Honorirung) — z. B. ein legatum per vindicationem heredi a semet ipso datum, nicht so undenkbar, wie per damnationem —, bezw. des nehmen Dürfens (Honorirung) und dulden Sollens (Onerirung) — legatum per praeceptionem heredi a semet ipso datum, sinendi modo undenkbar — ein Dürfen, und zwar zunächst ein haben Dürfen: welches haben Dürfen aber nach dem, was oben zur Regel „heredi a semet ipso u. s. w." ausgeführt wurde, wenn durch die Erschaftsantretung schon einmal entstanden, nur dann etwas wirksam und gültig Verliehenes ist, wenn es sich durch Zusammenfallen jener ersten Verleihung, der Erbeseinsetzung, verwandelt in ein behalten Dürfen. Das thatsächliche Endergebniß einer correspectiven Honorirung und Onerirung einer und derselben Person ist daher allerdings ein Dürfen, ein Honoriren, aber ein Honoriren, welches, nach seiner Entstehung betrachtet, die beiden Elemente der Honorirung und Onerirung in sich verschmilzt.

Das Gesagte gilt nun vor Allem, wie sich dies schon aus dem oben (p. 21) dazu Bemerkten ergibt, von dem Fall des fr. 18 § 2. Es folgt aber jetzt als Endresultat aus dieser Stelle die wichtige Thatsache, daß das Praelegat zum eignen Erbtheil des Honorirten, d. i. also das heredi a semet ipso gegebene Vermächtniß, nicht allein, wie die cst. 12 lehrte, in jenem zweiten, secundären Grade gültig wird, für welchen die Miterben mit demselben onerirt wurden, daß es vielmehr auch im primären Grad gültig werden kann: zwar nicht, insoweit, wie es oben (p. 13) ausgedrückt wurde, der Honorirte selbst als Onerirter gesetzt und gedacht ist, aber, obwohl er auch hier als Onerirter gesetzt ist, wenn nur, wie beim coheres indignus des fr. 18 § 2, dem thatsächlichen Erfolg nach die Belastung vom Honorirten auf einen Dritten — den Fiscus — sich abschiebt. Denn nur darauf kommt es an, daß die gleichzeitige Honorirung und Onerirung einer und derselben Person thatsächlich etwas nicht Ueberflüssiges enthalte, daß sie einen thatsächlichen Erfolg haben könne, oder, nur mit anderen Worten, daß die Vermächtnißbedingung „si non heres erit" existent, daß der Honorirte ein Nichterbe werde, für den eben dann die Vermächtnißverleihung nicht mehr etwas Ueberflüssiges, sondern

Bedeutsames enthält. Zum Nichterben aber wird der Honorirte nicht allein durch die Ausschlagung (cst. 12), sondern auch durch die Exeption der Erbschaft (fr. 18 § 2): denn wenn ihm auch nach der Exeption das leere nomen heredis noch immer verbleibt, so wird ihm doch das Erbenrecht in seiner Gesammtheit entzogen.

Das oben Gesagte gilt jedoch nun gleicherweise von jenen dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen, wenn dieser, die Quart nicht einbehaltend, die hereditas ex Trebelliano restituirt. Denn überhaupt muß sich die Construction dieser Zuwendungen an den Fall des fr. 18 § 2 auf's Engste anlehnen und in ihm ihr Vorbild finden. Das ist aber nichts Willkührliches, sondern in einer tiefgehenden Analogie beider Fälle begründet.

Die Construction des Falles des fr. 18 § 2 darf nach dem, was darüber ausgeführt wurde, kurz als dahin festgestellt gelten, daß, weil die den Keim der Vernichtung in sich tragende Verwirklichung der Erbeseinsetzung des coheres indignus die Vermächtnißverleihung zu dem auf seinen Erbtheil entfallenden Theil des praedium praelegatum nicht vernichtete, sondern nur verdeckte, vermöge der durch die Exeption sich vollziehenden Entwirklichung der Erbeseinsetzung die Vermächtnißverleihung zu diesem Theil zur vollen Durchführung kommen konnte und kam.

Ganz das Gleiche ist nun von jenen Zuwendungen zu sagen. Man setze nur an Stelle des coheres indignus den Fiduziar, an Stelle des Fiscus den Fideicommissar, an Stelle der Exeption die Restitution, an Stelle des praedium praelegatum die Zuwendung: so decken sich beide Fälle vollkommen. Denn zunächst macht die Restitution ex Trebelliano den Fideicommissar quoad effectum zum Erben, ganz in der gleichen Weise, wie die Exeption den Fiscus: während auch jetzt noch, geradeso, wie der coheres indignus nach der Exeption, der Fiduziar quoad rationem iuris Erbe bleibt. Daher entwirklicht die Restitution die bereits verwirklichte Erbeseinsetzung des Fiduziars ganz in der gleichen Weise, wie die Exeption die bereits verwirklichte Erbeseinsetzung des coheres indignus. Und weiter: Setzt man den Fiduziar, und nicht den Fideicommissar, als mit der Zuwendung zu dem auf seinen Erbtheil entfallenden Theil onerirt, geradeso, wie unzweifelhaft nicht der Fiscus, sondern der coheres indignus selbst mit dem Praelegat zu dem auf seinen Erbtheil entfallenden Theil onerirt ist (s. auch oben p. 17): so kann auch hier die Verwirklichung der Erbeseinsetzung des Fiduziars die Vermächtnißverleihung zu jenem Theil der Zuwendung nur ver-

decken, nicht vernichten. Denn auch hier enthält die Vermächtnißverleihung keineswegs etwas Ueberflüssiges: vielmehr schiebt sich, wenn freilich auch hier der Honorirte als Onerirter gesetzt ist, doch dem thatsächlichen Erfolg nach die Belastung, wie dort vom coheres indignus durch die Ereption auf den Fiscus, so hier vom Fiduziar durch die Restitution auf den Fideicommissar ab. Dann aber kann und muß auch vermöge der durch die Restitution sich vollziehenden Entwirklichung der Erbeseinsetzung des Fiduziars die Vermächtnißverleihung zu jenem Theile der Zuwendung ganz in derselben Weise zur vollen Durchführung kommen, wie dies vermöge der durch die Ereption sich vollziehenden Entwirklichung der Erbeseinsetzung des **coheres indignus** zu dem auf seinen Erbtheil entfallenden Theil des **praedium praelegatum** geschah.

Damit ist die hier unternommene Construction der Anordnung, daß der Erbe die Erbschaft deducta summa, retenta, praecepta re vel summa restituire, in ihren Grundzügen gegeben. Sie lehnt sich kraft gewiß ebenso wohlbegründeter, als naheliegender Analogie unmittelbar an den Fall des fr. 18 § 2, wie dieser wieder auf gemeinsamer Grundlage ruht mit dem Fall der cst. 12. Alle diese drei Fälle aber bilden Ausnahmen von dem Rechtssatz, daß das dem Erben von sich selbst gegebene Vermächtniß ungültig sei: Ausnahmen jedoch!, welche jener Rechtssatz, als eine lediglich aus den thatsächlichen Voraussetzungen, wie sie gewöhnlich vorliegen, abstrahirte Regel, bei hier veränderten und außergewöhnlichen thatsächlichen Voraussetzungen, nicht ausschließt und nicht ausschließen will.

Im Einzelnen bieten nun die drei Fälle, wenn sie auch auf gemeinsamer Grundlage stehen, doch wieder mannigfache Verschiedenheiten. Eine gedrängte, theilweise recapitulirende, Zusammenstellung dieses Gemeinsamen und Verschiedenen, soweit es noch wesentlich ist, möge, zur weiteren Befestigung und Klarlegung des Ausgeführten, folgen.

Die allen drei Fällen gemeinsame Grundlage der Gültigkeit des Vermächtnisses bildet der Umstand, daß die Vermächtnißverleihung durch das Zusammenfallen der ihr vorgehenden Erbschaftsverleihung ihre Ueberflüssigkeit verlor. Sie verlor diese aber insofern, als ohne die Vermächtnißverleihung das vermachte Object jetzt einem Anderen, als dem Honorirten, zufallen würde, demjenigen, auf welchen, wie es oben ausgedrückt wurde, die Belastung jetzt, wenn auch nur dem thatsächlichen Erfolge nach, sich abschiebt: nämlich in der cst. 12 dem Miterben, im fr. 18 § 2 dem Fiscus, im Fall der dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen dem Fideicommissar.

Dem ersten und dritten Fall gemeinsam ist ferner die, für den zweiten nicht geltende, Negative, daß bei ihnen der dies legati nicht, wie die Regel,[23]) schon mit dem Tode des Erblassers cedirt, und ihr Grund, daß nämlich das Vermächtniß von einer Bedingung, und zwar, wie schon hier hinzuzufügen ist, einer wahren Bedingung abhängig ist, und daher erst der Eintritt dieser Bedingung abgewartet werden muß.[24])

Aber bezüglich dieser Vermächtnißbedingung selbst treten nun, wenigstens im Einzelnen, Verschiedenheiten hervor. Dabei ist auch der zweite Fall mit heranzuziehen.

In den Fällen der cst. 12 und des fr. 18 § 2 ist — und hierin liegt wieder etwas dem ersten und zweiten Fall Gemeinsames —, die Gültigkeit des dort gegebenen Praelegates als Vermächtniß, wie oben festgestellt wurde, zu dem auf den Erbtheil des Honorirten entfallenden Theil abhängig von jener conträren Negativbedingung „wenn es feststeht, daß der honorirte Delat nicht Erbe sein kann". Denn als Vermächtniß war dieser Praelegatentheil nur secundär, primär war er als Erbschaftsgegenstand gegeben, als Vermächtniß konnte er deshalb nur dann gültig werden, wenn sich bereits die Verwirklichung, bezw., im fr. 18 § 2, eine unanfechtbare Verwirklichung der primären Absicht des Erblassers als unmöglich herausgestellt hatte. Diese Unmöglichkeit aber kann — für den Fall der cst. 12 — da mit dem Tode des Erblassers hier umgekehrt die Möglichkeit, Erbe zu sein eintritt, überall erst in einem Zeitpunct nach dem Tode des Erblassers sich herausstellen.

Hiergegen ist die dem Fiduziar gegebene Zuwendung gerade für den Fall gegeben, nicht, daß ein gewisser primärer Wille des Erblassers nicht mehr zur Durchführung gelangen könne, sondern umgekehrt, daß der prinzipale oder eigentlich der alleinige Wille des Erblassers zur Durchführung gelange, daß nämlich der Fiduziar die Erbschaft antrete (und, was lediglich als Folge davon sich darstellt, restituire), also unter der, gleich näher zu qualifizirenden, Bedingung „si heres erit (et postea desinet, heres esse)".

[23]) Ulp. fragm. XXIV, 31 fr. 5 § 1 D. Quando dies leg. ced. 36,2.

[24]) Ulp. l. c. fr. 5 § 2 D. eod. — Nicht entgegen steht der Schlußsatz des fr. 25 § 1 eod.: „Namque dies legati, cui condicio non adscribitur, quamvis extrinsecus expectanda sit, cedit (nämlich zur Zeit des Todes des Erblassers). Denn es ist in dieser Stelle von Bedingungen die Rede, welche sich aus der Natur des vermachten Objectes (z. B. partus nondum editus) ergeben, also in Wahrheit „extrinsecus", „von außen her" hinzutreten, nicht aber, wie die im Texte besprochenen, intrinsecus der Vermächtnißanordnung selbst inhäriren.

Es fragt sich nun aber, in welchem Verhältniß diese letztere Bedingung zu der früheren „si non heres erit“ stehe. Beide Bedingungen verhalten sich zu einander, wie die species zum genus. Das beiden Gemeinsame, Generelle, ist, daß der honorirte Delat einen conträren Gegensatz zum Erben, und zwar, wie hinzugefügt werden muß, zum wirklichen (quoad rationem iuris und quoad effectum) Erben bilde, daß er ein Nichterbe, ein non heres werde. Dies aber, und nur dies, enthält die Bedingung „si non heres erit“: während die andere „si heres erit (et postea desinet, heres esse)“, als species, einen volleren Inhalt hat, insofern sie bestimmt angibt, auf welchem Wege der honorirte Delat ein Nichterbe werden müsse. Der Fiduziar soll eben die Zuwendung nur dann erhalten, wenn er die Erbschaft antritt (und, folgeweise, restituirt) und auf diesem Wege ein Nichterbe wird, nicht auch etwa, wenn er sie ausschlägt.

Dies bewährt sich zunächst gegenüber dem speziellen Fall, wo der Fiduziar Miterben hat, wo sich also der Fall der Zuwendungen, mit dem eines Praelegates oder Praefideicommisses, dem Fall der cst. 12 und des fr. 18 § 2, combinirt. Hier könnte man nämlich beim ersten Blicke meinen, das Vorvermächtniß sei zu dem auf den Erbtheil des Fiduziars entfallenden Theil doppelt, etwa alternativ, bedingt, nämlich einmal, als Vorvermächtniß „si non heres erit“, und sodann, als „Zuwendung“ „si heres erit (et postea desinet heres esse)“. Indessen auch hier gilt der Satz „species derogat generi“, die letztere spezielle Bedingung absorbirt die erstere generelle. Denn es ist auch hier die Vermächtnißbedingung, zwar nicht zu den übrigen Theilen [25]), wohl aber zu dem auf den Erbtheil des

[25]) Denn diese erhält der Praehonorat auch im Falle der Ausschlagung stets, es müßte denn ein gegentheiliger Wille des Erblassers bestimmt dargethan werden können; wie dies besonders leicht möglich ist in dem Fall der fr. 87, 88, 89, 90 D. de leg. I., aber auch wohl in dem obigen. — Die citirten Stellen sind übrigens, wie hier hervorgehoben werden mag, auch sonst für das im Text Ausgeführte von Interesse. Der Vater macht den hausunterthänigen Sohn zum Miterben und Praelegatar. Der Sohn wird, als suus, Erbe und man sollte meinen, daß damit das Praelegat zu seinem Erbtheil als Vermächtniß ungültig würde. Indessen erhält er — im Zweifel — auch diesen Theil als Vermächtniß, wenn er abstinirt, wenn also — auch hier erst nachträglich und nach vorgängiger Verwirklichung der Erbeseinsetzung — die Vermächtnißverleihung ihre Ueberflüssigkeit verliert. Doch wird dies freilich von Julian im fr. 89 nicht auf die ratio iuris, sondern darauf gestützt, daß der Praetor durch Verleihung des ius abstinendi dem suus — wie durch eine in integrum restitutio — das Recht geben, welches

Fiduziars entfallenden Theil, wie gleich noch näher dargelegt werden soll, so speziell gefaßt, daß gerade die Erbschaftsausschlagung als Existenzgrund derselben ausgeschlossen bleibt.

In dem oben Gesagten liegt aber auch die Entscheidung der Frage, wann nun der dies legati cedire. Die allgemeine Antwort ist natürlich die: er cedirt mit dem Eintritt der Bedingung. Aber auch dies gestaltet sich im Einzelnen verschieden.

In dem Fall der cst. 12 cedirt der dies, wenn der Praelegatar, wie er es auch thut, die Erbschaft ausschlägt. Denn nun ist das contrarium der Erbenqualität bei ihm eingetreten, er ist nicht nur nicht Erbe, sondern ein Nichterbe. Die Bedingung des Vermächtnisses ist daher existent geworden.

Im Fall der dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen hingegen cedirt der dies des Vermächtnisses nicht mit der Erbschaftsausschlagung. Denn hier ist eben das contrarium der Erbenqualität, welches in allen drei Fällen die Bedingung der Gültigkeit des Vermächtnisses bildet, im Gegensatz zu den beiden anderen so spezialisirt, daß gerade das durch die Erbschaftsausschlagung zu erzeugende contrarium die Bedingung nicht zur Existenz bringen kann. Der Honorirte soll ja zunächst Erbe und dann erst, durch die Restitution, Nichterbe werden, auf dieses contrarium allein ist hier die Bedingung gestellt. Deshalb aber wird durch den Eintritt jenes anderen contrarium nicht nur nicht der dies herbeigeführt, sondern vielmehr das Vermächtniß selbst vernichtet. Denn durch die Erbschaftsausschlagung wird der Eintritt dieser spezialisirten Bedingung — vorgängige Verwirklichung und erst nachfolgende Entwirklichung der Erbeseinsetzung — unmöglich.

Es ist vielmehr gerade umgekehrt der Moment der Erbschaftsantretung des Fiduziars, welcher den dies der Zuwendung herbeiführt. Die Zuwendung steht als Vermächtniß unter der Bedingung, wie sie oben formulirt wurde, „si heres erit (et postea desinet heres esse)". Mit Bedacht wurde der zweite Theil dieses Satzes eingeklammert, denn eigentlich ist er, und mit ihm das allein Entscheidende, schon in dem ersten Theil ausgesprochen. „Si heres erit", so nur lautet, genau genommen, die Bedingung, also positiv: aber freilich enthält bereits diese Position diejenige conträre Negation, welche allein das wirklich bedingende Moment bildet, d. i. „si

er gehabt, ihn in den Stand setzen wolle, in welchem er gewesen wäre, „si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuisset".

desinet" oder, noch genauer, „si desiturus est heres esse". Deshalb aber ist diese Negation in der Position schon enthalten, weil sie, wie bereits oben angedeutet, lediglich als ihre Folge sich darstellt. Freilich kann der Fiduziar den Eintritt dieser Folge verhindern, indem er, die Quart einbehaltend, das Pegasianum zur Anwendung bringt, also Erbe bleibt. Allein dies ist etwas nicht zu Vermuthendes, etwas die ordnungsgemäße Entwickelung Durchbrechendes und Ungestaltendes und kommt deshalb a priori nicht in Betracht: a priori muß der Fiduziar, wenn er angetreten hat, die hereditas, unter Einbehaltung der Zuwendung, als tota restituiren, er soll es wenigstens, und deshalb steht — ohne daß damit einer späteren entgegengesetzten und der Vermuthung widerstreitenden Entwicklung vorgegriffen würde — schon mit seinem Antritt, aber auch erst jetzt, fest, daß er aufhören wird, Erbe zu sein, er ist schon und erst jetzt ein desiturus heres esse. Damit aber ist eben die bedingende conträre Negation eingetreten, die condicio existent geworden, der dies cedirt: nur daß freilich diese cessio diei a posteriori wieder rückgängig werden kann (vgl. § 3 p. 33).

Wieder anders entscheidet sich endlich die Frage, wann der dies legati cedire, für den Fall des fr. 18 § 2. Auch hier ist die Gültigkeit des heredi a semet ipso gegebenen Vermächtnisses bedingt durch die Qualität des Honorirten als Eines, der nicht Erbe sein kann. Während jedoch in jenen beiden anderen Fällen der Eintritt dieser Qualität eine positive Erklärung des honorirten Delaten auf die Delation der Erbschaft voraussetzt (cst. 12: Ausschlagung, die Zuwendungen: Antritt) und daher überall erst in einem Zeitpunct nach dem Tode des Erblassers denkbar ist: so tritt dieselbe hier, wie auch oben (p. 26) bereits angedeutet, stets schon mit dem Tode des Erblassers ein. In diesem Moment schon ist der honorirte indignus ein Solcher, der nicht Erbe sein kann. Denn ihm ist nun einmal der Weg zur wahren Erbenqualität völlig verschlossen: auch wenn er antritt, so rettet er doch über die mit rechtlicher Nothwendigkeit sich vollziehende Exeption hinaus Nichts, als das leere nomen heredis. Daher mag er antreten oder ausschlagen der endlich auch ohne Erklärung auf die Delation versterben, überall ist er schon vom Moment des Todes des Erblassers an ein Solcher gewesen, der nicht Erbe sein kann.

Es folgt nun aber hieraus, daß eine eigentliche Bedingung des Vermächtnisses in diesem Fall des fr. 18 § 2 überhaupt nicht vorliegt: da vielmehr seine Gültigkeit nur von einer solchen Qualität des Honorirten abhängt, die ihm, wenn er überhaupt den Tod des Erblassers erlebt, schon

in diesem Moment mit Nothwendigkeit anhaften, wird. Das Vermächtniß d. i. der fragliche Praelegatentheil, ist vielmehr hier — und dadurch eben rechtfertigt sich nun diese Ausnahme von dem fr. 75 §. 1 D. de leg. II p. 12 cit. — in Wahrheit ein purum. Zwar kann man immerhin auch hier noch die Praelegaten b e d i n g u n g „si non heres erit" constatiren, aber mit nicht größerer Berechtigung, als man etwa von einem jeden Vermächtniß sagen kann, seine Gültigkeit sei durch das Ueberleben des Honorirten b e d i n g t.

Aus dem Allen ergibt sich für den dies cedens und damit für den Moment, von welchem ab die Vermächtnisse, bezw. die fraglichen Vermächtnißtheile, auf die Erben des Honorirten transmittirt werden, dieses unterscheidende Resultat: der dies cedirt im Fall der cst. 12 mit der A u s s c h l a g u n g der Erbschaft, im Fall des fr. 18 § 2 mit d e m T o d e d e s E r b l a s s e r s, für die dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen mit dem A n t r i t t der Erbschaft.

Zum Abschluß dieser Vergleichungen möge sodann der Unterschied zwischen dem Fall der cst. 12 und dem des fr. 18 § 2 noch einmal besonders hervorgehoben werden, welcher für die hier versuchte Construction der dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen von so wesentlicher Bedeutung war. Er besteht darin, daß in der cst. 12 das n u r i m p r i m ä r e n G r a d e heredi a semet ipso gegebene Vermächtniß e r s t i m s e c u n d ä r e n G r a d e gültig wird, daß dort die beiden Vermächtnißelemente der Berechtigung und Verpflichtung sich trennen und wirklich auf zwei Personen vertheilen, indem der extraneus das vermachte Object vom Erben erhält: während dagegen im Fall des fr. 18 § 2 das heredi a semet ipso gegebene Vermächtniß gerade i m p r i m ä r e n G r a d gültig wird, in welchem doch der Honorirte selbst als Onerirter wenigstens gesetzt ist (s. oben p. 23), insofern nämlich der coheres indignus den auf seinen eignen Erbtheil entfallenden Praelegatentheil durch die Erbschaftsantretung als Erbschaftsgegenstand und Vermächtnißobject z u g l e i c h erhält, um ihn dann aber vermöge der Exeption nur in seiner letztern Eigenschaft zu b e halten.

Dies war die quellenmäßige Grundlage, von welcher aus behauptet wurde und behauptet werden konnte, daß auch bei den dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen der Fiduziar selbst zugleich Honorirter und Onerirter sei, daß, wenn auch bei ihnen die zugewendeten Objecte durch die Erbschaftsantretung ganz in der gleichen Weise die Qualität von Erbschaftsgegenständen und Vermächtnißobjecten z u g l e i c h erhalten, diese letztere Eigenschaft doch durch die

erstere nur verdeckt, nicht vernichtet werde, daß sie vielmehr als eine wirksame und gültige auflebe, wenn der Fiduziar, unter Einbehaltung der Zuwendungen die Erbschaft restituirend, völlig aufhöre, Erbe zu sein, die vorher verwirklichte Erbeseinsetzung wieder entwirkliche.

Hiermit wären die beiden ersten der am Schluß des vorigen Paragraphen aufgestellten Sätze begründet, daß nämlich die hier fraglichen Zuwendungen zwar Vermächtnisse seien, daß aber der Fiduziar dieselben gleichwohl iure legati nur dann erhalte, wenn er die Quart nicht einbehalte. Es wurde gezeigt, daß der Erblasser ein Vermächtniß geben und mit ihm den Fiduziar selbst oneriren wolle; und ferner, wie dieses Vermächtniß durch die Restitution der hereditas ex Trebelliano, und nur durch sie, gültig werden könne.

Wenn es aber hiernach schließlich die Voraussetzung des Ganzen ist daß der Fiduziar hier jene Restitution ex Trebelliano überhaupt vornehmen könne, obwohl nämlich das Fideicommiß auf die tota hereditas gerichtet, also der dodrans überschwert ist und an und für sich das Pegasianum begründet wäre: so erscheint dies jetzt wirklich, wie auch bereits oben (p. 7) behauptet wurde, nur als ein Ausfluß des fr. 75 D. ad leg. Falc. p. 6 cit., aus welchem hervorgeht, daß der Erbe, welcher ihm statt der Quart gegebene Vermächtnisse annimmt, die Quart gar nicht einbehalten darf, da vielmehr die ihm auferlegten Vermächtnisse nun trotz Ueberschwerung des dodrans ganz gültig werden.

§ 3.

Einrechnung der deducta summa, retenta, praecepta res vel summa in die Quart.

Nach dem Bisherigen bleibt jener Zweifelsgrund noch stehen, welcher sich der hier vertretenen Auffassung und überhaupt der Ansicht, daß die dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen Vermächtnisse seien, gleich Anfangs entgegenstellte: der Umstand, daß diese Zuwendungen nach ausdrücklichen

Quellenzeugnissen [1]) in die Pegasianische Quart eingerechnet werden müssen, während doch mit gleicher Gewißheit feststehe, [2]) daß nur das in die Quart einzurechnen sei, was der Erbe iure hereditario habe. Dies scheint der Vermächtnißqualität der Zuwendungen sehr bestimmt zu widersprechen. Allein in Wahrheit ist dieser Widerspruch nach dem bisher Vorausgeschickten jetzt unschwer zu beseitigen. [3])

Nach dem oben p. 6 Ausgeführten hat der Erbe, dem der Erblasser in erkennbarer Absicht statt der Falzidischen oder Pegasianischen Quart Vermächtnisse gegeben hat, „ut integra legata vel fideicommissa praestet" (fr. 75 ad leg. Falc. cit.), nur die Wahl, ob er die Vermächtnisse oder die Falzidische, bezw. Pegasianische Quart geltend machen wolle, er kann nicht Beides zugleich beanspruchen.

Wählt nun daher der Universalfiduziar, welcher deducta summa, retenta, praecepta re vel summa die Erbschaft restituiren soll, das ihm hiermit statt der Quart zugewendete Vermächtniß, so fällt sein Recht auf Abzug der Pegasianischen Quart dadurch zusammen. Er führt hier den eigentlichen Willen des Erblassers durch, und es tritt, wie im analogen Fall bei der Falcidia, so hier beim Pegasianum die vom Erblasser gewollte Ausnahme (s. oben p. 7) vom regelmäßigen Recht ein, indem das Fideicommiß trotz der Ueberschwerung des dodrans der Erbschaft, wie am Schluß des vorigen Paragraphen dargelegt, ganz gültig und mit alsbaldigem Uebergang der ganzen Erbschaftsklagen auf den Fideicommissar ex Trebelliano restituirt wird.

---

1) S. die Stellen der Anm. 16 zum § 1 oben p. 7.

2) S. die Stellen der Anm. 17 zum § 1 oben p. 8.

3) Wie wenig die Erklärungen, welche die Vertreter der Vermächtnißqualität bisher zu diesem Punct gegeben haben, zu befriedigen vermögen, kann, von anderen Ausführungen abzusehen, die Vangerow's beweisen. Er sagt (Pand. II. § 536 p. 486), die Zuwendungen seien deshalb in die Quart einzurechnen, weil sie statt der Quart gegeben seien. Vangerow argumentirt also hier aus der voluntas testatoris, und dies ist auch, wie sich im Texte ergeben wird, der richtige Weg. Allein so ohne Weiteres, wie Vangerow es thut, läßt sich die Einrechnungspflicht aus dem erblasserischen Willen nicht herleiten. Vielmehr ist seinem Schlusse Folgendes entgegenzustellen: Wenn der Erblasser die Zuwendung statt der Quart gibt, so soll sie dieser seiner Absicht nach nicht in die Quart eingerechnet werden, sondern aber statt der nicht einzubehaltenden Quart, d. i. eben nur für den Fall gegeben sein, wenn der Fiduziar die Quart nicht einbehält. Dies würde aber an sich — ohne die im Text hervorzuhebende Nebeneigenschaft der Anordnung als eines modus für die Erbschaftstheilung — dahin führen, daß die Zuwendung nur für den Fall des Nichtabzugs der Quart gegeben sei., daß also der Fiduziar sie dann, wenn er die Quart einbehalte, — überhaupt gar nicht bekomme.

Wählt aber hiergegen der Fiduziar die Quart, so fällt damit das ihm statt der Quart gegebene Vermächtniß zusammen. Denn jetzt tritt jene Durchbrechung und Umgestaltung der ordnungsgemäßen Entwicklung ein und mit ihr wird die cessio diei, wie oben (p. 29) schon kurz bemerkt, wieder rückgängig, oder vielmehr genauer, es stellt sich jetzt a posteriori heraus, daß die a priori mit dem Erbschaftsantritt bereits eingetretene condicio des Vermächtnisses in Wahrheit nicht existent geworden ist: weil sich nämlich jetzt ergibt, daß der Fiduziar durch seinen Antritt gar nicht ein heres desiturus heres esse geworden ist, da er ja im Gegentheil Erbe bleiben will und bleibt. Damit aber wird das Vermächtniß als ein wirklich, auch quoad effectum, dem thatsächlichen Erfolg nach (s. oben p. 23) heredi a semet ipso datum ein inutile und ungültig. Denn die erste Verleihung der zugewendeten Objecte durch die Erbeseinsetzung fällt hier nicht zusammen, sondern bleibt unberührt aufrecht stehen. Zwar ist es richtig, daß ohne die zweite Verleihung die zugewendeten Objecte jetzt dem Fideicommissar herauszugeben wären (s. oben p. 25), daß sie aber in Wirklichkeit auch jetzt noch dem Fiduziar verbleiben (s. unten p. 35. flg.): indessen bezweckt jene Herausgabepflicht jetzt nicht mehr Einwirklichung der ersten Verleihung, sondern läßt dieselbe, bei fortdauernder Erbenqualität des Fiduziars, unbehindert fortwirken. Und deshalb concurriren auch hier zwei Verleihungen in einem Object, von denen die zweite, die Vermächtnißverleihung — wie aber nun schon hier hervorzuheben als solche — überflüssig, wirkungslos und ungültig ist (s. oben pp. 19, 20.

Die Restitution aber, welche jetzt der Fiduziar vornimmt, hat hier ganz andere Folgen.

Denn, zunächst im vorjustinianischen Recht, wurde nun, unter Fortfall der vom Erblasser gewollten Restitution der tota hereditas, das Pegasianum wirksam und es verblieben die Erbschaftsklagen auch nach der Restitution vorerst beim Fiduziar. Allerdings mußte er sie, geradeso, wie der mit einem Partitionslegat zum dodrans belastete Erbe, dem Fideicommissar zu $^3/_4$ herausgeben, aber diese Herausgabe vollzog sich nicht schon durch die Restitution, sondern, wie dies oben (p. 3) ausgeführt wurde, durch ein hinzutretendes Rechtsgeschäft, den Abschluß der vom legatum partitionis herübergenommenen stipulationes partis et pro parte.

Im Justinianischen Recht dagegen ist gerade dieser Punct des Pegasianischen Rechtes geändert worden. Der Fiduziar restituirt jetzt, auch wenn er statt der Zuwendung die Quart einbehält, ex Trebelliano, und zwar

so, daß die Erbschaftsklagen schon mit der Restitution selbst zu 3/4 auf den Fideicommissar übergehen.[4])

Der Unterschied zwischen dem vorjustinianischen und Justinianischen Recht ist daher der, daß der Fideicommissar dort, quoad effectum, Partiarlegatar, hier dagegen unmittelbar, quoad effectum, Erbe zum dodrans wird. Damit scheint sich nun aber für das Justinianische Recht der folgende Einwand zu erheben.

Wenn, so könnte man schließen, im Justinianischen Recht der Fideicommissar jedenfalls, wenn nicht ganz, so doch mindestens zu 3/4 durch die Restitution Erbe werden, der Fiduziar also zu 3/4 aufhören muß, Erbe zu sein, und wenn es offenbar schon im Moment der Erbschaftsantretung feststeht, daß der Fideicommissar zum Mindesten in dem letzteren Umfang durch die Restitution Erbe werde: so ist hiernach jene Möglichkeit einer nachträglichen Rescission der Vermächtnißbedingung, welche nach dem Obigen im vorjustinianischen Recht das Pegasianum bot, für das Justinianische Recht wenigstens bezüglich des 3/4 der hereditas, welches jedenfalls vom Fiduziar auf den Fideicommissar übergehen wird, ausgeschlossen. Wenn aber weiter es gerade die Verwirklichung dieser Rescission der Vermächtnißbedingung war, welche im vorjustinianischen Recht das dem Fiduziar gegebene Vermächtniß ungültig machte, so scheint im Justinianischen Recht doch das 3/4 des Vermächtnisses, bezüglich dessen die Möglichkeit dieser Rescission ausgeschlossen ist, von vornherein, d. i. mit der Erbschaftsantretung, unwiderruflich gültig geworden zu sein. Hiernach würden nur zwei Möglichkeiten vorliegen, entweder der Fiduziar erhält die Zuwendung ganz als Vermächtniß oder doch jedenfalls zu 3/4: ganz, wenn er die hereditas als tota restituirt, zu 3/4, wenn er die Quart einbehält. Dies wäre nun aber eine bedenkliche Folgerung. Denn es würde schwer sein, zu erklären, warum denn nun dieses in jedem Falle iure legati erhaltene 3/4 der Zuwendung gleichwohl in die Pegasianische, bezw. jetzt Trebellianische Quart eingerechnet werden müsse.

Allein diese ganze Schlußfolgerung ist eine unrichtige und widerlegt sich, sobald man auf den Willen des Erblassers zurückgeht. Der Erblasser will doch das statt der Quart gegebene Vermächtniß als solches gewiß überhaupt nur für den Fall gegeben haben, daß der Fiduziar die Quart nicht einbehält, daß er die hereditas als tota restituirt. Deshalb aber wäre es durchaus unrichtig und der voluntas testatoris widersprechend, wollte

[4]) § 7 J. de fideic. her. 2,23.

man die dem Vermächtniß gesetzte Bedingung „si desiturus est heres esse“ als etwas Theilbares in dem Sinne annehmen, daß man sagen könnte: Wenn der Fiduziar ganz aufhören wird, Erbe zu sein, d. i., wenn er die tota hereditas restituirt, soll er die Zuwendung ganz, wenn er zu $^3/_4$ aufhören wird, Erbe zu sein, d. i., wenn er unter Einbehaltung der Quart nur den dodrans restituirt, soll er sie zu $^3/_4$ als Vermächtniß haben. Für diesen letzteren Fall ist ja überhaupt das Vermächtniß nicht nur nicht gegeben, sondern geradezu ausgeschlossen. Die Vermächtnißbedingung ist daher nach dem Willen des Erblassers eine untheilbare und hat nur den Sinn: Wenn der Erbe völlig aufhören wird, Erbe zu sein, wenn er, auf die Quart verzichtend, die hereditas als tota restituirt.

Das Ergebniß, worauf es hier allein ankommt, ist sonach für das vorjustinianische, wie für das Justinianische Recht das nämliche: das Vermächtniß, welches in der dem Fiduziar statt der Quart gegebenen Zuwendung enthalten ist, fällt zusammen, sobald der Fiduziar statt der Zuwendung die Quart einbehält.

Indessen, wenn damit auch die Anordnung der Zuwendung als Vermächtnißverleihung ungültig wird, wenn sie als solche etwas Ueberflüssiges enthält, weil der Fiduziar, Erbe bleibend, Alles, was er aus der hereditas nicht von einem anderen Honorirten erhält, schon vermöge seiner Erbschaftsantretung erhielt und deshalb schon auf Grund seines Erbenrechtes inne hat: so enthält doch jene Anordnung in einer anderen Beziehung etwas jetzt nicht Ueberflüssiges und wirkt deshalb (vgl. oben pp. 20, 21) insoweit auch jetzt noch fort. Ihre Wirkung aber ist jetzt die, daß sie für den Fiduziar die Verpflichtung erzeugt, in der einzubehaltenden Quart — von dem allererst in dieselbe fallenden $^1/_4$ der actiones hereditariae (vgl. unten p. 39) abgesehen — zunächst das ihm statt der Quart Zugewendete einzubehalten oder auch, wie die Quellen sagen, in seine Quart die Zuwendung zu imputiren.

Hiermit ist also gesagt: Die Zuwendung wird als Vermächtniß mit dem Quartabzug ungültig. Gleichwohl behält der Fiduziar die Zuwendung, d. i. das zugewendete Object, auch jetzt, aber er behält sie nicht iure legati, wie in dem Fall, wo er die hereditas als tota restituirt, sondern, geradeso, wie die übrigen auf seine Quart einbehaltenen Gegenstände, iure hereditario.

Zum Beweise nun dafür, daß die dem Fiduziar gegebene Zuwendung, nachdem sie als Vermächtniß ungültig geworden, doch noch in dem ange-

gebenen Sinn fortwirken könne und müsse, ist auch an dieser Stelle noch einmal auf die Lehre vom Praelegat zurückzugehen.

Miterben müssen sich bei Theilung des Nachlasses bekanntlich in erster Linie nach einem etwa vom Erblasser vorgeschriebenen Theilungsmodus richten.[5]) Einen solchen Theilungsmodus aber enthält jede Verleihung eines Vorvermächtnisses an einen der Miterben bezüglich des auf den Erbtheil des Honorirten entfallenden Theiles. Enthielte sie ihn nicht, dann würde der Theilungsrichter diesen, durch den Erbschaftsantritt des Honorirten ja zum Erbschaftsgegenstand gewordenen Praelegatentheil geradeso, wie jeden anderen Erbschaftsgegenstand, nach Ermessen auch nicht dem Praelegatar, sondern dessen Miterben zusprechen können. Gegen ein solches Verfahren aber können ganz gewiß nicht allein der Praelegatar selbst, sondern auch dessen Miterben Widerspruch erheben. Denn der Erblasser hat, indem er das Praelegat verlieh, angeordnet, daß sie von dem praelegirten Object Nichts, daß sie vielmehr andere Erbschaftsgegenstände auf ihren Erbtheil erhalten sollen. Und hierauf haben jetzt die Miterben des Praelegatars, zwar keinen selbstständig klagbaren Anspruch, keine „obligatio“ erworben, aber sie können sich hier in der familiae erciscundae actio unzweifelhaft auf die „auctoritas testatoris“, auf den von ihm vorgeschriebenen Theilungsmodus berufen: wie dies aus fr. 7 D. de ann. leg. 33,1 noch bezüglich anderer, weit interesseloserer Anordnungen des Erblassers feststeht.[6])

Hieraus ergibt sich, daß jene Vermächtnißverleihung, obwohl sie durch den Erbschaftsantritt des Praelegatars zu dem auf seinen Erbtheil entfallenden Theil als solche hinfällig wurde, gleichwohl auch bezüglich dieses Theiles noch fortwirkt, weil und insofern sie implicite einen modus für die Theilung der Erbschaft enthält.

Ganz das Nämliche gilt nun von den dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen. Auch sie sind dadurch, daß der Fiduziar statt ihrer die Quart vorzog, als Vermächtnisse hinfällig geworden. Aber auch ihre Verleihung enthielt zugleich einen modus für die Theilung der Erbschaft. Zwar zunächst nicht einen in der familiae erciscundae verfolgbaren. Denn der Erblasser will in erster Linie, daß der Fiduziar die Zuwendung als Ver-

---

[5]) cst. 21 C. fam. erc. 3,36.

[6]) Vgl. fr. 71 pr. D. de cond. et dem. 35,1 fr. 19 D. de leg. III., auch fr. 113 § 5 D. de leg. I.; und überhaupt Kretschmar, a. a. O. § 10 pp. 151 flg., wo er namentlich noch mit Recht hervorhebt, daß unter Umständen die Miterben sogar ein Vermögensinteresse an der Einhaltung dieses Theilungsmodus haben können.

mächtniß einbehalte und die hereditas als tota restituire; in welchem Fall es zu einer familiae erciscundae zwischen ihm und dem Fideicommissar, bei mangelnder Erbgemeinschaft, nicht kommen kann.[7]) Aber darum enthält doch nicht minder auch diese Erbauseinandersetzung eine Theilung der Erbschaft wenigstens in dem Sinn einer Vertheilung der Nachlaßmasse. Und für diese Auseinandersetzung eben schreibt der Erblasser vor, daß der Fiduziar die bestimmten, ihm zugewendeten Objecte und daß der Fideicommissar hiervon Nichts, sondern statt dessen die anderen Erbschaftsgegenstände erhalten solle: in erster Linie ein Vermächtniß für den Fiduziar, implicite und einstweilen noch verdeckt ein Theilungsmodus für ihn und den Fideicommissar. Wenn dann aber der Fiduziar statt dieses Vermächtnisses die Quart nimmt, so kann allerdings die Vermächtnißverleihung als solche nicht mehr fortbestehen, aber eben deshalb tritt nun der in ihr enthaltene, bisher nur verborgene modus hervor, er kann auch jetzt noch, genauer erst jetzt, und muß[8]) deshalb aufrecht erhalten werden: d. i. eben, der Fiduziar kann nicht nur, sondern er muß auch jetzt noch die ihm zugewendeten Objecte behalten, der Fideicommissar ist berechtigt, ihre Annahme zu verweigern und statt ihrer die anderen Erbschaftsgegenstände herauszuverlangen.

Dies, daß der Fiduziar, auch wenn er statt des Vermächtnisses die Quart einbehalte, doch das Vermächtnißobject behalten müsse, wollen denn auch die Quellen, wenigstens zugleich, sagen, wenn sie statt dessen die nothwendige Folge davon angeben, daß er das Object des Vermächtnisses sich in seine Quart einrechnen müsse.[9]) Letzteres ist in der That nur die nothwendige Folge der Einbehaltungspflicht. Denn, wenn der Fiduziar die ihm zugewendeten Objecte einbehalten muß, so kann er doch, nachdem er durch den Quartabzug die Vermächtnißverleihung als solche hinfällig machte, Nichts mehr aus der Erbschaft auf einen anderen Titel hin behalten, als auf den der ihm verbleibenden Quart. Dieser Titel aber ist das ius hereditarium, das ihm zu ¼ erhalten bleibt, nach vorjustinianischem Recht sogar vorerst ganz, und eben des Titels halber muß nun der Fiduziar, weil alles iure hereditario Erhaltene, wie in die Falzidische,

---

[7]) Nicht entgegen das allgemeine fr. 24 § 1 D. fam. erc. 10,2, s. fr. 40 eod. („partem aliquam“), fr. 27 § 11 D. h. t. 36,1 („parte hereditatis restituta“).

[8]) Vgl. fr. 12 § 3 in f. D. de leg. I.: „Voluntas ergo facit, quod in testamento scriptum valeat“.

[9]) § 9 J. de fideic. her. 2,23 fr. 91, 93 D. ad leg. Falc. 35,2 auch fr. 60 (58) § 3 D. h. t. 36,1.

so in die Pegasianische Quart einzurechnen ist, auch die iure hereditario behaltenen Vermächtnißobjecte in seine Quart imputiren.

Hiermit ist das eigentliche Resultat der in diesem Paragraphen anzustellenden Untersuchung bereits gewonnen. Es ist dieses: der Fiduziar muß, auch wenn er die Quart einbehält, gleichwohl noch, kraft des vom Erblasser vorgeschriebenen Theilungsmodus, die ihm statt der Quart zugewendeten Gegenstände behalten. Er behält sie jedoch jetzt nicht iure legati, sondern — und damit ist jetzt auch der zweite der am Schluß des § 1 aufgestellten Sätze begründet — iure hereditario und hat sie deshalb in die Quart einzurechnen.

Es ist aber ein Punkt im Bisherigen noch nicht berührt worden, der doch umsoweniger übergangen werden darf, als gerade hier leicht Mißverständnisse entstehen können und auch wirklich vorgekommen sind.

Wenn nämlich der Erblasser statt der Quart eine Zuwendung gibt, so wird er zwar wohl in der Regel den Werth der Zuwendung, wenigstens ungefähr, nach dem der Quart bemessen. Indessen kann doch auch, und es wird nicht selten so sein, der Erblasser Gründe haben, derenthalber er den Werth der Zuwendung entweder erheblich niedriger oder aber erheblich höher bemißt, als die Quart werth ist; auch kann Beides ungewollt durch einen Rechnungsirrthum oder durch erhebliche Veränderung des erblasserischen Vermögensstandes nach Errichtung des letzten Willens eintreten.

Liegt nun der letztere Fall vor, übersteigt also die Zuwendung an Werth die Quart, dann wird allerdings in der Regel der Fiduziar gern der Quart die Zuwendung vorziehen und also die hereditas als tota restituiren. Allein er kann auch, da ihm ja nach fr. 75 ad leg. Falc. in dieser Hinsicht die freie Wahl zusteht, mag er nun sich etwa in der Werthberechnung geirrt haben oder mögen ihn andere Gründe bestimmen, er kann auch gleichwohl statt der höherwerthigen Zuwendung die Quart einbehalten. Für diesen Fall fragt es sich nun aber, ob der Fiduziar, da er in seiner Quart die Zuwendung einbehalten muß, auch jetzt noch dieselbe ganz einbehalten dürfe.

Die Entscheidung der Frage scheint nicht schwierig. Wenn der Fiduziar die Quart einbehält, so behält er doch in jedem Fall nur soviel aus der Erbschaft, als der vierte Theil derselben werth ist. Und daraus folgt denn, daß er, wenn der Werth der Zuwendung den der Quart übersteigt, offenbar von jener nur soviel einbehalten darf, daß er im Ganzen nicht Mehr, als den Werth des Erbschaftsviertheils, der Quart, hat. Dabei kann aber sogar noch die Zuwendung, die geringeren Werth als die Quart

hat, unter Umständen gekürzt werden müssen, wie freilich auch umgekehrt einmal die höherwerthige Zuwendung doch ganz zur Einbehaltung gelangen kann. Es kommt nämlich in Betracht, daß der die Quart einbehaltende Fiduziar in erster Linie das bei ihm verbleibende 1/4 der Erbschaftsforderungen in seiner Quart hat, deren Werth sich allerdings wieder um den des gleichfalls bei ihm verbleibenden 1/4 der Erbschaftsschulden mindert und hierdurch möglicherweise aufgehoben, auch überwogen wird. Man muß daher genauer sagen: der Fiduziar, welcher die Quart einbehält, behält in derselben die ihm statt der Quart gegebenen Zuwendungen nur dann ganz, wenn deren Werth plus dem des 1/4 der Erbschaftsforderungen minus dem Werth des 1/4 der Erbschaftsschulden den Werth der Quart nicht übersteigt.[10]) Bleibt jene Summe unter diesem Werth, so ist die Differenz aus den übrigen Erbschaftsgegenständen aufzufüllen, ist sie dagegen höher, dann muß der Fiduziar die Differenz aus der ihm gegebenen Zuwendung mitherausgeben.

Dies erscheint auch ganz natürlich, wenn man nur den Grund in Betracht nimmt, aus welchem der Fiduziar die Zuwendung in der Quart behält. Denn dieser Grund war doch lediglich jener vom Erblasser vorgeschriebene Auseinandersetzungsmodus. Ein solcher modus kann aber nur festsetzen wollen, *in welcher Weise* ein — nicht etwa erst *durch ihn* zu begründendes, sondern bereits *anderweit* begründetes — Recht verwirklicht werden soll. Er kann daher nur im Umfang dieses anderweit begründeten Rechtes, d. i. hier, *nur bis zur Quart* wirksam werden und ist, soweit er darüber hinausgehen sollte, *gegenstandslos* und deshalb ohne Wirkung.

Allein gegen dies Ergebniß könnte eine, bereits vielfach erörterte Quellenstelle Bedenken erregen, das bekannte fr. 86 ad leg. Falc. 35,2. Eine Besprechung derselben scheint daher an dieser Stelle geboten, um so

---

[10]) Es muß deshalb so gerechnet werden: Von dem 1/4 des zunächst festzustellenden gesammten Erbschaftswerthes (4000/4 = 1000) wird das dem Fiduziar zufallende 1/4 der Erbschaftsforderungen (800/4 = 200) abgezogen (1000—200 = 800) und hierzu das 1/4 der Erbschaftsschulden (1200/4 = 300) zugezählt (800 + 300 = 1100). Ist nun der Werth der Zuwendung kleiner als die letztere Summe, so wird die Differenz aufgefüllt, ist sie größer, so muß die Differenz noch von der Zuwendung herausgegeben werden. Denn das Einzubehaltende muß gleich jener Summe (1100) sein, damit der Fiduziar nach Hinzurechnung des 1/4 der Erbschaftsforderungen und Abzug des 1/4 der Erbschaftsschulden die Quart habe (1100 + 200 — 300 = 1000 = 4000/4). In diesem Fall wird also ein höherer Zuwendungswerth (1100), als die Quart (1000) ganz einbehalten. Dies ist dann möglich, wenn die Erbschaftsforderungen die Schulden übersteigen, während im umgekehrten Fall selbst die geringerwerthige Zuwendung noch gekürzt werden kann.

mehr, als sie, wie sich ergeben wird, auch sonst für die hier behandelte Lehre von Bedeutung ist.

Julianus.

„Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit fideique eius commisit, ut hereditatem retenta quarta parte Secundae et Proculae restituat. Eadem fratri quaedam praedia praelegavit. Quaero, an Titius ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est restituere, an integra retinere debeat. Respondi, Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum. Sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur: totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere: quoniam contra sententiam matrisfamiliae lex Falcidia induceretur."

Julian bespricht hier zwei Fälle. Der erste ist dieser: Der Erblasser hat dem Miterben zu $^1/_3$ das Praelegat eines praedium gegeben und ihn gebeten, seinen Erbtheil unter Einbehaltung des vierten Theils desselben zu restituiren. Zu diesem Erbtheil des Praelegatars und Fiduziars gehört nun auch der dritte Theil des Praelegates, welcher ihm von sich selbst gegeben ist. Man sollte daher meinen, da alles iure hereditario Erhaltene und demgemäß auch dieser Praelegatentheil „in fideicommissum cadit",[11] daß der Fiduziar auch diesen dritten Theil des praedium eigentlich[12] mitherauszugeben oder doch, daß er ihn in die ihm gegebene Quart einzurechnen habe: wonach es dann fraglich würde, ob der Fiduziar in jedem Fall, insbesondere (s. oben Anm. 10 a. E.) dann, wenn der Werth des einzurechnenden $^1/_3$ des praedium den Betrag der Quart, d. i. des $^1/_{12}$ der hereditas, überstiege, das Praelegat, bezw. den auf seinen Erbtheil entfallenden Theil desselben,[13] ganz, integrum behalte.

---

[11]) fr. 18 § 3 D. h. t. 36,1.

[12]) Dies „eigentlich" will jenes „in fideicommissum cadit" nicht ausschließen, s. auch Vangerow, Pand. II. § 523 pp. 419, 420.

[13]) Hier scheint Mommsen mit seiner schwerfälligen Lesart „etiam pro ea parte, quam rogatus est, ut restitueret, restituere" statt der obigen Florentinischen, „quam rogatus est restituere" im Unrecht zu sein, obwohl freilich die Handschriften sehr schwanken. Denn es konnte nicht wohl gefragt werden, ob der Fiduziar auch den auf seinen Erbtheil entfallenden Praelegatentheil restituiren müsse, da er die übrigen gewiß behält (fr. 18 § 3 h. t. 36,1). Aber, von dem „etiam" selbst abgesehen, nicht einmal das konnte fraglich sein, ob er diesen Praelegatentheil wirklich restituiren (denn das „restituere"

Allein Julian entscheidet, daß der Fiduziar das Praelegat ganz erhalte, aber $^1/_{12}$ desselben in seine Quart einrechnen müsse.

Von den mannigfachen Erläuterungen dieses interessanten Responsum scheint diejenige die am meisten verbreitete zu sein, welche auch Vangerow, Pand. II. § 536 p. 482 gibt.[14]) Er argumentirt so: Wenn hier der Wille des Erblassers erfüllt werde, also alle Erben antreten, und der Praelegatar restituire, so übertrage diese Restitution, weil sie (schon zu Julians Zeiten) ex Trebelliano erfolge, die Erbschaftsklagen zu $^3/_4$ des Erbtheiles des Praelegatars auf den Fideicommissar. Daher müsse der Fiduziar und Praelegatar, der ja nur zu $^1/_4$ seines Erbtheils Erbe bleibe, auch nur $^1/_4$ des auf seinen Erbtheil entfallenden Praelegatentheils, also $^1/_{12}$ des praedium, sich selbst leisten. Und deshalb sei auch nur dieses $^1/_{12}$, als das allein iure hereditario Empfangene, in die Quart einzurechnen.

Diese Erklärung hat in ihrer Einfachheit etwas Bestechendes, aber sie dürfte doch der Sache nicht auf den Grund gehen. Und vor Allem, um einstweilen nur dies eine Hauptbedenken zu erwähnen, spricht sich Vangerow über einen wichtigen Punct hier nicht aus: woher nämlich der Fiduziar die anderen in seinen Erbtheil fallenden $^3/_{12}$ des praedium erhält. Indessen folgt doch aus der ganzen, bereits oben (p. 10) berührten Anschauung Vangerows, daß er annehmen muß, der Fiduziar erhalte diese $^3/_{12}$ vom Fideicommissar, daß er diesen als mit den $^3/_{12}$ des Praelegates Onerirten setzt.[15]) Allein hieran denkt der Erblasser zumal vorliegend ganz gewiß nicht; wohl schon deshalb nicht, weil er ja dem Fiduziar dem Fideicommissar gegenüber, als Entschädigung für die Restitution, noch ausdrücklich die Quart gibt, insbesondere aber deshalb nicht, weil hier von Praelegaten die Rede, aber nicht abzusehen ist, wie der Erblasser zu Julians Zeit den Fideicommissar mit einem Legat habe belasten können. Der Erblasser, der die Quart ausdrücklich gibt, will mit dem daneben verliehenen Praelegat den Fiduziar nicht eigentlich als solchen, sondern nur als Miterben honoriren, keinenfalls den Fideicommissar oneriren.

---

wäre doch mehr, als jenes „eigentlich" „in fideicommissum cadit" des fr. 18 § 3) sondern nur, ob und wieweit er ihn in die Quart einrechnen müsse, d. i. eben, ob er die praedia als integra retiniren dürfe. – Das zweite „an" leitet nicht ein zweites Fageglied ein, sondern ist nur eine Wiederaufnahme des ersten, eine kurze Recapitulirung des ersten Gliedes einführend: also vor ihm hinzuzudenken ein „hoc est".

14) S. auch das. p. 419 und übrigens die an obiger Stelle Benannten, sowie Kretschmar l. c. pp. 220 flg.

15) S. bes. Pand. II. § 449 pp. 154, 155.

Die richtige Erklärung dieses ersten Falles des fr. 86 scheint in Folgendem gefunden werden zu müssen:

Zunächst ist hervorzuheben, daß, wenn es hier auch nicht zum Abzug der Pegasianischen, gesetzlichen Quart kommt, weil ja der Erblasser selbst schon die Quart gegeben hat, darum doch nicht minder nur das iure hereditario Erhaltene in die Quart einzurechnen ist. Denn der Fiduziar soll eben die quarta pars der zu restituirenden hereditas einbehalten, worunter doch iure legati Empfangenes nicht mitbegriffen werden kann.

Bezüglich des auch hier gegebenen Praelegates wurde nun aber oben (s. pp. 13 flg.) festgestellt, daß der auf den Erbtheil des Praelegatars entfallende Theil desselben als Vermächtniß unter jener conträren Negativbedingung stehe „si non heres erit". Diese Bedingung tritt, wie des Näheren erwiesen wurde, in der Regel (cst. 12 p. 12 cit.) nur dadurch ein, daß der Praelegatar die Erbschaft ausschlägt. Soll jedoch der Praelegatar zugleich als Fiduziar seinen Erbtheil restituiren, dann wurde, wie oben (p. 27) gerade für diesen Fall ausgeführt, jene generelle Praelegatenbedingung, „si non heres erit" absorbirt durch die spezielle „Zuwendungsbedingung" „si heres erit (et postea desinet heres esse)" oder, in Eins gefaßt, „si desiturus est heres esse". Daher wurde hier der Praelegatentheil als Vermächtniß gültig, nicht durch die Ausschlagung, sondern umgekehrt, nur durch den Antritt des Praelegatars (p. 30).

In dem ersten Fall des fr. 86 hat indessen der Erblasser nicht bestimmt, daß der Fiduziar seinen ganzen Erbtheil, sondern, daß er ihn retenta quarta parte restituire. Das ist aber für den auf den Erbtheil des Fiduziars entfallenden Praelegatentheil von großer Bedeutung. Denn, während dieser Theil des Praelegates da, wo der Praelegatar seinen ganzen Erbtheil restituiren soll, den Character einer statt der Quart gegebenen Zuwendung annimmt und eben nur deshalb unter jene spezielle Zuwendungsbedingung „si desiturus est heres esse" zu stehen kommt: so fehlt es demselben hier, wo die Quart vom Erblasser noch nebenher verliehen wurde, an dieser Beziehung zur Quart und deshalb steht er hier nicht unter dieser absorbirenden speziellen, sondern lediglich unter der generellen Praelegatbedingung „si non heres erit". Daraus folgt nun einmal, daß man im ersten Fall des fr. 86 dem Fiduziar, wenn er die Erbschaft ausschlüge, unbedenklich nach der Regel der cst. 12 das ganze Praelegat zusprechen müßte. Es folgt aber daraus weiter, daß der Fiduziar, wenn er die Erbschaft antritt, damit den auf seinen Erbtheil entfallenden Praelegatentheil zwar zum quadrans als Vermächtniß ungültig macht, aber

auch nur zu diesem Theil, da vielmehr der weitere dodrans auch durch diesen Erbschaftsantritt als Vermächtniß gültig wird.

Denn zunächst bezüglich dieses dodrans ist zwar durch den Erbschaftsantritt des Praelegatars jene gewöhnliche Realisirung der Bedingung „si non heres erit", die Ausschlagung der Erbschaft (cst. 12), unmöglich geworden. Aber es bleibt nun bei dieser generellen Bedingung noch eine andere Realisirung möglich, nämlich die durch die Restitution sich vollziehende Entwirklichung der Erbeseinsetzung, welche jene spezielle Zuwendungsbedingung ausschließlich im Auge hat, welche aber hier anders, als dort (vergl. oben p. 35), vom Erblasser selbst nur zum dodrans gewollt wird. Und mit Rücksicht auf diese Art der Realisirung ist die Praelegatbedingung zu dem dodrans des auf den Erbtheil des Fiduziars entfallenden Praelegatentheiles bereits im Moment der Erbschaftsantretung existent geworden. Denn schon in diesem Moment steht es fest, daß der Praelegatar den dodrans seines Erbtheils demnächst restituiren, hier nicht allein soll (s. oben p. 29), sondern auch muß, daß er also zu diesem dodrans demnächst ein non heres werden wird undschon jetzt ein desiturus heres esse ist. Deshalb aber behält der Fiduduziar den dodrans des a semet ipso gegebenen Praelegatentheiles, d. i. 3/12 des praedium praelegatum, iure legati und hat ihn darum nicht in seine Quart einzurechnen.

Dagegen verliert nun der weitere quadrans des auf den Erbtheil des Fiduziars entfallenden Praelegatentheiles mit der Erbschaftsantretung seinen einzigen utilis casus. Denn in diesem Moment steht andererseits fest, und zwar schon jetzt unwiderruflich [16]) fest, daß der Fiduziar zum quadrans, zu 1/4 seines Erbtheiles Erbe bleiben wird und deshalb defizirt die Praelegatbedingung „si non heres erit" mit der Erbschaftsantretung insoweit. Zwar behält der Fiduziar auch jetzt noch den damit als Vermächtniß ungültig gewordenen quadrans des a semet ipso gegebenen Praelegatentheils, „praedia integra", aber nur kraft jenes aus der ungültig gewordenen Vermächtnißverleihung sich entwickelnden und fortwirkenden Theilungsmodus (s. oben pp. 36 flg.), nicht iure legati, sondern iure hereditario: und deshalb muß er ihn, d. i. das 1/12 des praedium praelegatum, „duodecimam partem praediorum", in seine Quart einrechnen.

Dies ist der erste Fall des fr. 86.

Für den zweiten von Julian entschiedenen Fall sind alle übrigen

---

16) fr. 65 (63) § 3 D. h. t. 36,1.

Voraussetzungen des ersten beibehalten, nur hat der Erblasser dem Fiduziar nicht noch neben dem Praelegat die Quart gegeben. Es ist daher ganz der p. 42 kurz berührte und bereits früher (p. 27) besprochene Fall. Mit Recht aber entscheidet ihn Julian dahin, daß der Fiduziar, wenn er hier die Quart einbehalte, nun den ganzen auf seinen Erbtheil entfallenden Praelegatentheil in die Quart einrechnen müsse. Denn hier, wo der Erblasser die Quart nicht noch nebenher verlieh, gewinnt nun, wie vorhin (p. 42) bemerkt, der in die hereditas restituenda fallende Praelegatentheil völlig den Character einer statt der Quart gegebenen Zuwendung. Daher steht er hier nicht mehr unter der generellen Praelegatbedingung „si non heres erit“, sondern unter der sie absorbirenden (p. 27), untheilbaren (p. 35), speziellen Zuwendungsbedingung „si desiturus est heres esse“, „wenn der Fiduziar völlig aufhören wird, Erbe zu sein“, d. i., wenn er die hereditas als tota restituirt. Und hieraus folgt einmal, daß der Fiduziar, wenn er die Erbschaft ausschlüge, hier den in die hereditas restituenda fallenden Praelegatentheil, bei Defizienz der Bedingung, überhaupt nicht erhielte (pp. 27, 28). Sodann aber, daß, wenn der Fiduziar die Erbschaft antritt, damit die Vermächtnißbedingung existent und der auf den Erbtheil des Fiduziars entfallende Praelegatentheil als Vermächtniß gültig wird (p. 29). Endlich, daß, wenn dann der Fiduziar „contra sententiam defuncti“ die Quart retinirt, die Vermächtnißbedingung und damit, in jenem Umfang, das Vermächtniß selbst a posteriori wieder zusammenfallen (p. 33). Zwar behält der Fiduziar immer noch, kraft jenes Theilungsmodus, den Praelegatentheil, aber er muß ihn, d. i. vorliegend das $^1/_3$ des praedium praelegatum, als iure hereditario Empfangenes in seine Quart einrechnen.

Hiermit ist auch der zweite Fall des fr. 86 erklärt. In beiden Fällen aber konnte, wie nunmehr erhellt, die Entscheidung Julians lediglich aus den im Obigen aufgestellten Sätzen heraus leicht und sicher in allen Consequenzen begründet werden: sie dürfen daher wohl zugleich als weitere Probe für deren Richtigkeit gelten.

Noch darf indessen hier nicht unerwähnt bleiben, daß der bereits angeführte Vangerow in diesem zweiten Fall des fr. 86 für das Justinianische Recht zu einem andern Ergebniß gelangt, als das fr. 86 selbst. Er ist nämlich der Ansicht[17], daß nach den Justinianischen Neuerungen die Entschei-

[17]) Pand. II. § 536 p. 482 unten.

dung des ersten Falles des fr. 86 für alle Fälle, also insbesondere auch für den zweiten gelten, daß auch hier der Fiduziar, wenn er die Quart einbehalte, nur $^1/_{12}$ des praedium praelegatum in dieselbe einrechnen müsse, weil nämlich seit Justinian auch hier ex Trebelliano so zu restituiren sei, daß der Fiduziar schon durch die Restitution zu $^1/_4$ aufhört, Erbe zu sein, der Fideicommissar schon durch die Restitution zu $^3/_4$ Erbe wird.

Vangerow verfällt damit in jenen Irrthum, die Zuwendungsbedingung „si desiturus est heres esse" für etwas Theilbares anzusehen, welcher bereits oben (s. pp. 34, 35) widerlegt wurde. Bei seiner rein formalen Erklärung des fr. 86 mußte er freilich wohl zu diesem Schluß kommen. Aber gerade daran zeigt sich jetzt recht deutlich das Unbefriedigende seiner Interpretation, daß Vangerow hier, auch practisch genommen, zu einem Ergebniß gelangt, das nicht allein dem Willen des Erblassers, der ja doch den in die hereditas restituenda fallenden Praelegatentheil ganz statt der Quart, nicht zum Theil neben der Quart gegeben hat, widerspricht, sondern zugleich dessen Durchführung in bedenklicher Weise gefährden würde. Hätte nämlich Vangerow Recht, dann würde der Erblasser im zweiten Fall des fr. 86 durch das dem Fiduziar gegebene Praelegat, auch wenn dessen in die hereditas restituenda fallender, also statt der Quart gegebener Theil den Werth der Quart noch so hoch übersteigen sollte, einen klug berechnenden Fiduziar doch noch nicht befriedigen und noch nicht dazu bestimmen können, daß er unter Verzicht auf die Quart die hereditas als tota restituire, also seinen, des Erblassers, Willen durchführe: wenn nur — aber wohl nur in diesem Falle wird überhaupt das Fideicommiß gefordert werden — seine Erbschaft abzüglich des praedium praelegatum noch einen activen Rest enthält. Denn, wenn auch der Fiduziar bereits in seinem Praelegatentheile die Quart und weit Mehr als diese hätte, so würde er nach der Vangerow'schen Ansicht durch Einbehaltung der Quart, unter jener Voraussetzung eines restirenden Plus, doch immer noch Mehr bekommen. Z. B. die ganze Erbschaft hat einen Werth von 303. Der Fiduziar und Miterbe zu $^1/_3$ erhält das Praelegat eines praedium im Werthe von 300. Der Erbschaftsrest ist daher + 3. Die Quart des Fiduziars würde $^{303}/_{12}$ betragen, d. i. $25\,^1/_4$. Restituirt nun der Fiduziar, den Willen des Erblassers durchführend, unter Verzicht auf die Quart die hereditas als tota, dann wird er aus dieser hereditas, als Entschädigung für die Restitution, seinen Praelegatentheil einbehalten, d. i. einen Werth von 100, also beinahe viermal so viel, als die Quart werth ist ($25\,^1/_4$). Allein durch Retention der Quart „contra sen-

tentiam defuncti“ würde er, wenn es richtig wäre, daß jetzt nur $^1/_{12}$ des praedium praelegatum in dieselbe einzurechnen, doch noch Mehr bekommen, nämlich 100 (das $^1/_3$ des praedium praelegatum) + $^{303}/_{12}$ (Quart) — $^{300}/_{12}$ (das in die Quart einzurechnende $^1/_{12}$ des praedium praelegatum) = $100^1/_4$.

Schon die practische Unmöglichkeit eines solches Resultates ergibt die Unrichtigkeit seiner Voraussetzungen. Aber in Wahrheit bestehen ja auch heute noch unverändert nur jene beiden Möglichkeiten, daß nämlich, soweit ein Vermächtniß statt der Quart gegeben ist, die Vermächtnißbedingung „si desiturus est heres esse“ ganz, entweder existirt oder defizirt: daß daher der Fiduziar den in seinen Erbtheil entfallenden Praelegatentheil ganz, entweder iure legati erhält, wenn er die hereditas als tota restituirt, oder — vorbehaltlich des gleich Auszuführenden — ganz iure hereditario, dann aber auch in seiner Quart, wenn er die Quart retinirt.

Indessen aus diesem fr. 86 entspringt doch jetzt noch ein Bedenken, welches auch zur Besprechung dieser Stelle an diesem Ort den nächsten Anlaß gab: ob nämlich der Fiduziar in dem zweiten Fall des fr. 86 das Praelegat wirklich stets ganz erhalte (s. oben p. 39 a. E.).

Für den ersten der von ihm erörterten Fälle spricht Julian es ausdrücklich aus, daß der die Quart einbehaltende Fiduziar hier stets die praedia integra, das Praelegat ganz erhalte. Und dies ist allerdings auch richtig: wobei vielleicht nur das hervorzuheben ist, daß Julian, der hier eines seiner Responsen mittheilt, schwerlich ein überschuldetes Fideicommiß (Erbtheil abzüglich des in ihn fallenden Praelegatentheiles) vor Augen hat; es würde sonst die quaestio überhaupt nicht gestellt worden sein, die Fideicommissarinnen würden gern auf ihr Fideicommiß verzichtet haben. Bei einem nicht überschuldeten Fideicommiß, d. i. also einem activen Erbtheilsrest, aber ist es vollkommen richtig, daß der die Quart retinirende Fiduziar stets die praedia integra erhalte, weil hier das $^1/_{12}$ des praedium, welches allein er sich ja in die Quart einzurechnen hat, niemals größer sein kann, als das $^1/_{12}$ der Erbschaft, seine Quart. Daher wird der Fiduziar hier stets nicht nur Nichts von den praedia herauszugeben haben, sondern umgekehrt noch ein Weiteres aus der Erbschaft dazu behalten.

Nun könnte man aber durch den Satzbau des fr. 86 sich zu der Annahme verleiten lassen, und dies ist, wie es scheint, sogar die herrschende Interpretation [18]), daß auch in dem zweiten Falle der die Quart einbe-

[18]) S. namentlich noch Kretschmar l. c. p. 221, vgl. auch Vangerow l. c. p. 419.

haltende Fiduziar stets die praedia integra, das Praelegat ganz behalte. Das wäre jedoch um deswillen eine bedenkliche Annahme, weil hier ja der Fiduziar sich das volle 1/3 der praedia in die Quart, d. i. das 1/12 der hereditas, einrechnen muß, jenes 1/3 der praedia aber auch bei einem der Einforderung sehr wohl werthen Fideicommiß häufig einen höheren Werth haben kann, als dieses 1/12 der Erbschaft. Hiernach würde also der die Quart retinirende Fiduziar, wenn das Werthverhältniß einmal ein solches wäre, und wenn er trotzdem sein Praelegat ganz behielte, schon in dem auf seinen Erbtheil entfallenden 1/3 des praedium allein, ganz abgesehen von einem etwaigen Plus des 1/4 der Erbschaftsforderungen über das 1/4 der Schulden, also eigentlich in seiner Quart Mehr haben, als die Quart, das 1/12 der Erbschaft. Daß und warum dies unmöglich für richtig gelten kann, wurde oben (pp. 38, 39) des Näheren dargelegt: der Fiduziar, der keinen anderen Retentionstitel mehr hat, als den der Quart, kann doch auf Grund dieses Titels nicht Mehr retiniren, als den Werth der Quart.

Und dem steht denn auch in Wahrheit das fr. 86 durchaus nicht entgegen. Jene irrige Annahme wird dadurch veranlaßt, daß man die Worte:

„Titium legata integra retinere debere"

aus der Entscheidung des ersten Falles in die des zweiten herüberzieht. Dies ist jedoch nicht zulässig. Allerdings spricht wohl der Umstand einigermaßen dafür, daß Julian jene Worte in seinem Responsum nachdrücklich voranstellt. Doch erklärt sich dies genügend wohl schon dadurch, daß der respondirende Jurist auf diese Weise unmittelbar an den Schluß der ihm gestellten quaestio, die Worte:

„an integra retinere debeat"

anknüpfen wollte. Sodann aber ist Folgendes zu bedenken:

Julian theilt im fr. 86 eines seiner Responsen mit, also seine Entscheidung eines wirklich vorgekommenen Rechtsfalles. Dieser Rechtsfall ist der erste, so speziell und mehr, als nöthig (z. B. „Secundae et Proculae", zwei Fideicommissarinnen) substantiirte. In seinem Responsum zieht nun Julian einen zweiten — offenbar nur fingirten — Fall herein. Wie die Entscheidung desselben:

„totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere"

und insbesondere der auf das vorangestellte Wort „totum" gelegte Nachdruck beweist, geschieht dies aber lediglich zur Erklärung und, durch den Gegensatz, schärferen Hervorhebung des letzten Theils der Entscheidung des ersten Falles, der Worte:

„sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum".

Julian will eben gerade dies, und nur dies, gegenüberstellen, daß dort, unter jenen Voraussetzungen, nur 1/12, hier dagegen, unter diesen Voraussetzungen, das ganze 1/3 des Praelegates in die Quart einzurechnen seien. Er will nicht auch diesen zweiten Fall in alle seine Consequenzen hinein verfolgen, an diesem, lediglich fingirten Fall nimmt er nur soweit Interesse, als er zur Beleuchtung jenes auffälligsten Theiles der Entscheidung des ersten dienlich ist, und nur soweit entscheidet ihn der Jurist.

Wollte man aber endlich selbst annehmen, Julian habe sich auch für den zweiten Fall des fr. 86 über die Integrität des Praelegates aussprechen wollen, so würde man doch eher umgekehrt behaupten müssen, daß er die Nothwendigkeit dieser Integrität hier verneint habe. Es würde dann, wie in der quaestio, so im responsum der Nachdruck nicht auf der Quarteinrechnung, sondern eben auf der Integrität des Praelegates liegen. Die Antwort Julians aber wäre etwa so aufzufassen: Im ersten Fall erhält der Fiduziar das Praelegat stets ganz, denn (der Adversativsatz „sed in partem quartam" u. s. w., wie so oft, zugleich causal) hier braucht er nur 1/12 des praedium in seine Quart einzurechnen; im zweiten Fall dagegen muß der Fiduziar seinen ganzen Praelegatentheil einrechnen und deshalb (pp. 38, 39), welchen Schluß Julian anheimgeben würde, liegt eine Nothwendigkeit der Integrität des Praelegates hier nicht vor.

Indessen ist doch wohl die erstere Auffassung die natürlichere. Nach beiden Auffassungen aber steht jedenfalls das fest, daß eine einfache Herübernahme jener Worte

„Titium legata integra retinere debere"

aus der Entscheidung des ersten in die des zweiten Falles nicht zugelassen werden darf. Und damit eben hebt sich nun jenes aus diesem fr. 86 etwa herzuleitende Bedenken gegen die obigen Ausführungen: auch hier gilt der auf p. 39 festgestellte Satz, daß der die Quart einbehaltende Fiduziar die ihm statt der Quart gegebene Zuwendung, d. i. hier den in die hereditas restituenda fallenden Praelegatentheil, nur dann ganz behält, wenn ihr Werth plus dem des 1/4 der Erbschaftsforderungen minus dem Werth des 1/4 der Erbschaftsschulden den Werth der Quart nicht übersteigt.

Corrigenda et addenda.

P. 9 Z. 9 von oben lies ſtatt legat: legati.

„ 11 „ 11 „ unten „ „ re: res.

„ 11 „ 6 „ „ „ „ die: Die.

„ 12 „ 8 „ „ „ „ substituto: substitutos.

„ 12 „ 6 „ „ „ „ der: des.

„ 17 „ 16 „ „ „ „ Erbenqualitart: Erbenqualitaet.

„ 20 „ 14 „ oben „ „ i n: in.

„ 29 „ 7 „ „ „ „ Ungeſtaltendes: Umgeſtaltendes.

„ 29 „ 7 „ unten „ „ der: oder.

„ 30 „ 6 „ oben iſt zu leſen: conſtatiren, inſofern, als ſie vom Erblaſſer gewollt iſt, dem Effect nach aber mit nicht größerer Berechtigung u. ſ. w.

„ 32 „ 6 „ unten iſt „aber“ zu ſtreichen.

„ 33 „ 19 „ oben lies ſtatt Einwirklichung: Entwirklichung.